

AVUSTURYA CEZA HUKUKU'NUN 25 YILI

Doç. Dr. Hakan HAKERİ*

Giriş**

Avusturya Ceza Kanunu¹ 1.1.2000 tarihinde 25 yılını doldurmuş bulunmaktadır. Bu vesileyle söz konusu kanunun tipik özellikleri ile geçtiğimiz 25 yılda geçirdiği değişikliklerin sistematik bir biçimde ele alınmasında yarar gördük. Ancak sadece maddi ceza hukukundaki gelişmelere değil, şekli ceza hukukundaki gelişmelere de kısaca işaret edeceğiz. Hemen belirtelim ki, 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren **diversion** uygulaması ve Titan olayı ile Türk kamuoyunun gündemini bir süre meşgul eden **zincirleme-piramitsel kazanç oyunları** düzenleme suçlarını Türk Hukuku bakımından yeni konular olması bakımından daha ayrıntılı inceleyeceğiz.

§ 1. Tarihsel Gelişim

Avusturya'da 16. yüzyılda uygulanan ceza kanunu 1532 tarihli Cons-

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapmış olduğum araştırmalar sırasında gerek bilimsel alanda ve gerekse diğer noktalarda devamlı desteğini gördüğüm o. **Univ.-Prof. Dr. Helmut Fuchs**'a ve bu çalışmalar için bir araştırma bursu sağlayan AUSTRIAN ACADEMIC EXCHANGE SERVICE'e (ÖAD=Österreichischer Akademischer Austauschdienst) ve nazik çalışanlarına teşekkür ederim.

¹ Tam adıyla: *Mahkemeler tarafından hükmedilecek ceza ile tehdit edilen eylemler hakkında 23.1.1974 tarihli Federal Kanun*

titutio Criminalis Carolina'dır. Avusturya'nın ilk birleşik ceza kanunu ise 1768 tarihli Constitutio Criminalis Theresiana'dır. Bilahare 1803 yılında bir ceza kanunu kabul edilmiş, bu kanun 1852 yılında yenilenmiş, İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1945 yılında bu kanunun yeni şekli yürürlüğe konmuştur. Bu kanun 1974 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. **1 Ocak 1975** yılında yürürlüğe giren ve halihazırda yürürlükte olan bu kanun Ocak 2000 tarihinde 25. yılını doldurmuş bulunmaktadır².

§ 2. 1975 Kanunu'nun Hazırlanışı ve Önemli Özellikleri

1975 tarihli Avusturya Ceza Kanunu kürtaja ilişkin hükümleri dışında Avusturya Parlamentosu'ndaki bütün siyasal partilerin uzlaşması suretiyle kabul edilmiştir. Aynı şekilde başından itibaren gerek kamuoyunda ve gerekse adli makamlarda **büyük kabul gören bir kanundan** bahsetmek mümkündür³.

1975 Kanunu Avusturya'da 100 yıldan uzun bir süredir devam eden maddi ceza hukukunun bir **külli reformu** çalışmalarının meyvesidir. Bu reform sadece genel ceza kanununda yapılmamış, ayrıca özel ceza kanunlarında da önemli değişiklikler yapılmıştır. 1975 yılının Avusturya Ceza Hukuku bakımından bir önemi de, şekli ceza hukuku ile infaz hukukunda da, kısmi reformların yapılmış olmasıdır⁴.

² FUCHS, *Österreichisches Strafrecht, AT I*, 3. B., Wien 1998, 23, 24; Avusturya Ceza Kanunu 150 yıldan fazla bir süre, Liechtenstein'da da uygulanmıştır. Her ne kadar Liechtenstein coğrafik olarak İsviçre ile Avusturya arasında bulunuyor ise de, Liechtenstein'da uygulanan kanunların çoğu İsviçre kanunları olagelmıştır. Bununla beraber ceza hukuku alanında Avusturya Ceza Kanunu 1987 yılında yeni Liechtenstein Ceza Kanunu yürürlüğe girinceye kadar Liechtenstein'da da uygulanmıştır; JESCHECK, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des neuen Liechtensteinischen Strafgesetzbuchs*, in: Beiträge zum Strafrecht, 1980-1998, Berlin 1998, 293-295.

³ BURGSTALLER, *Das neue österreichische Strafrecht in der Bewährung*, ZStW 94 (1982), 723, 724; BURGSTALLER (çev. Feridun Yenisey), *Yeni Avusturya Ceza Kanunu ve Uygulamadaki Etkileri*, İÜHFM, C. XLVIII-XLIX, 1982-1983, S. 1-4, 473, 474.

⁴ BURGSTALLER, *Entwicklung des Strafrechts in Österreich seit 1975*, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, 3.

Avusturya Ceza Kanunu yabancı ceza hukukçuları tarafından da “çok modern” ve “uluslararası karşılaştırmada üst sıraya sahip bir kanun” olarak değerlendirilmektedir⁵.

1975 Kanunu kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların faydası bulunmaması, kişinin topluma yeniden kazandırılmasına etkisi olmaması ve aksine kişinin sosyal bağlantılarından koparılmasının olumsuz yönlerinin bulunduğu düşünceleriyle altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezalarda kural olarak hürriyeti bağlayıcı ceza yerine para cezasına hükmedilmesini öngörmektedir (Avus. CK m. 37)⁶.

Bu kanunun getirdiği en önemli değişikliklerden birisi **iştirak** alanında tek fail (eşitlik) esasını kabul etmiş bulunmasıdır. 12. maddeye göre direkt fail, bir başkasını azmettiren veya herhangi bir şekilde fiilin işlenmesine katkıda bulunan kimse, fail olarak kabul edilmektedir. İkinci olarak Avusturya Ceza Kanunu m. 15/III'de **işlenemez suçta teşebbüsün** cezalandırılmayacağı açıkça düzenlenmiştir⁷.

Burada değinilmesi gereken bir diğer düzenleme aşağıda daha ayrıntılı ele alacağımız Avus. CK m. 42. madde hükmüdür. Buna göre re'sen kovuşturulan bir suçun sadece para cezası veya üç yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması söz konusu olup da, failin kusuru az, fiilin olumsuz neticesi yok veya önemsiz ise veya fail bu neticeleri esaslı ölçüde ortadan kaldırmış veya denkleştirmiş ise ve faili başka bir suç işlemekten uzak tutma veya başkalarının cezalandırılan eylemleri işlemesini önleme bakımından da failin mahkum edilmesi gerekli görülmez ise, fiil cezalandırılmaz.

Bu düzenleme sui generis bir hüküm olarak özellikle adli makamların hafif suçlarda yükünün azaltılması bakımından önemli bir gelişme olarak değerlendirilmiştir⁸. Her ne kadar Avusturya Ceza Kanu-

⁵ Bkz. JESCHECK, (dn. 2), 295.

⁶ BURGSTALLER, (dn. 4), 7; BERTEL, *Kriminalpolitik in Österreich*, in: Festschrift für Jörg Rehberg, Zürich 1996, 70; Bkz. aşağıda § 4, II A, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezadan Uzaklaşma”.

⁷ Ayrıntılar için bkz. BURGSTALLER, (dn. 3), 725, 726.

⁸ Bkz. PLATZGUMMER'in değerlendirmesi, TRIFTERER, *Platzgummers Stellungnahme zu den “Allgemeinen Bestimmungen” des Entwurfs für ein “Neues StGB”- 25 Jahre danach*, in: Festschrift für Winfried Platzgummer, Wien New York 1995, 37.

nu'nun 42. maddesinde düzenlenmiş olan husus, maddi ceza hukukuna ilişkin bir cezayı ortadan kaldıran sebep ise de, suç politikası gereklilikleri kovuşturmadan vazgeçme bakımından rol oynamaktadır⁹. Bu itibarla bu hüküm esasen **sıkı mecburilik sisteminin gevşetilmesi**ni sağlamaya yönelik bir hükümdür. Savcılara (yerine göre mahkemeye)¹⁰ bu maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde dava açmama yetkisi tanınmıştır. Şekli ceza hukukunda söz konusu sistemin yumuşatılması yerine ceza kanununa böyle bir hüküm konulmasının nedeni olarak da, ceza yargılaması kanununda bu tip bir istisna getirilmesinin şekli hukuk devletinin yerleşmiş olan temel esaslarında bir gevşekliğe yol açabileceği hususu gösterilmektedir. Bu hüküm ile fiil suç olmaya devam etmekte ve fakat devlet sadece cezadan vazgeçmekle kalmamakta, suç da ortadan kalkmaktadır. Bu suretle esasen bu maddenin uygulanması suretiyle değil, bundan önce, bizzat bu madde, cezalandırmayı kaldırmaktadır. Dolayısıyla mecburilik prensibinin yumuşatılmasından daha farklı bir sonuç ortaya çıkmaktadır: **Suç olmaktan çıkarma**. Bu itibarla hemen belirtelim ki, mecburilik sistemi geçerli olmakta ve kovuşturma başlatılmakta ve fakat dava açılmamaktadır. Fail suçu işlediğini itiraf bile etmiş olsa, sonuçta fiili işlememiş gibi davranılmaktadır¹¹.

⁹ REDEN, *Überlegungen zu einem Diversionskonzept*, in: *Entwicklungslinien im Straf- und strafprozessrecht*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 82, Wien 1996, 250.

¹⁰ Maddenin ilk şeklinde bu yetki (ceza vermeme yetkisi) sadece mahkemelere tanınmış iken, mahkemelerin bu yetkiyi çok az kullanmaları üzerine 1987 yılında yapılan bir değişiklikle savcıya da bu yetki tanınmıştır. Bu suretle mecburilik sisteminde tabir yerindeyse "saklı" yapılan bu yumuşatmanın artık "aşikâr" hale geldiği ifade edilmektedir, MOOS, *Das strafprozessuale Legalitätsprinzip in Österreich im Umbruch*, in: *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden 1995, 646.

¹¹ MOOS, (dn. 10), 643-645. Yazar (dn. 10), bu hükmün yurtdışında büyük yankı uyandırdığını, bir çok yazarın bu hükümden adeta büyülendiğini ve fakat gerek uygulamada yerleşmemesi (bunda Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 42. maddeyi oldukça sınırlaması da etkili olmuştur) ve gerekse iç tutarsızlıkları dolayısıyla örnek teşkil edemediğini açıklamaktadır, 646, 647.

§ 3. 1975 Yılından Beri Yapılan Değişiklikler

1975 yılında yeni ceza kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, ceza kanununda değişiklik yapılması ile ilgili olarak kısa bir ara verildiği gözlenmektedir. İlk 7 yıl sonra 1982 yılında ceza kanununda değişiklik yapılmış ve böylece de bu kısa teneffüse son verilerek en son 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle beraber günümüze kadar devam eden ve daimi bir özellik arz eden ceza hukuku değişiklikleri yapılmıştır. Bu değişikliklerin içinde en önemlileri ve reform niteliği arz edenler 1987 ve 1996 Ceza Kanunu; 1988 Gençlik Mahkemeleri Kanunu ve 1993 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu değişiklikleridir¹².

Aşağıda maddi ve şekli ceza hukukunda 1975 yılından sonra yapılan değişikliklerdeki temel eğilimler ele alınacaktır. Bundan önce işaret etmek gerekir ki, maddi ceza hukukundaki “yaptırım alanındaki sınırlama eğilimi” ile şekli ceza hukukundaki “şüphelinin konumunun iyileştirilmesine yönelik eğilim” 1975 yılından önce başlamış olan bir gelişmenin devam ettirilmesi olarak kendini göstermektedir. Buna karşılık “cezalandırılan fiillerin artması ve cezaların ağırlaştırılması” ile “mağdurun konumunun iyileştirilmesi eğilimi” esas itibarıyla 1975 yılından sonra söz konusu olan gelişmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹³.

§ 4. Maddi Ceza Hukuku'ndaki Temel Eğilimler

I. Cezalandırılan Fiillerin Artması ve Cezaların Ağırlaştırılması

Yeni suç tiplerinin ihdası, mevcut suç tiplerinin genişletilmesi ve cezaların artırılması olarak kendini gösteren bu eğilim, “ceza hukukunda genişleme rotası” olarak adlandırılabilir¹⁴.

¹² BURGSTALLER, (dn. 4), 3.

¹³ BURGSTALLER, (dn. 4), 30.

¹⁴ SCHWAIGHOFER, *Aktuelle Entwicklungen des österreichischen Strafrechts*, Liechtensteinische Juristen-Zeitung (LJZ) 1996, 57 vd.

A. Yeni Suç Tipleri

Avusturya Ceza Kanunu'nda 1975 yılından beri yapılan değişikliklerde gözlenen ilk eğilim, yeni bir takım suç tiplerinin ihdas edilmesi suretiyle cezalandırılan fiiller alanının genişletilmesidir. Ancak aşağıda bu konuyu ayrıntılı olarak ele almadan önce belirtmek gerekir ki, bu yöndeki değişikliklerin uygulamada çok büyük etkisinin olmadığı, daha çok sembolik kaldığı özellikle vurgulanmaktadır¹⁵.

1. Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu

Türkiye'de yıllardır arkadaş-aile çevrelerinde oynanan ve fakat Titan olayı ile kamuoyunun gündemine gelen ve sonuçta bunu düzenleyenlerin mahkumiyetiyle sonuçlanan kazanca yönelik zincirleme-piramitsel oyunları düzenleme Avusturya Hukuku'nda ilk defa 1996 yılında Ceza Kanunu'na eklenen 168a maddesi ile cezalandırılmıştır. Bu hükümden önce şans oyunlarını düzenleyen Avus. CK 168. madde kazancın şansa bağlı olması koşulunu aradığından ve piramit oyunlarında kazanç şansa değil de, oyunun başarılı bir şekilde zincirleme olarak devam ettirilmesine bağlı olduğundan, zincirleme oyunlar düzenlenmesi cezalandırılmamaktaydı. Keza katılımcılar hangi şartlar altında kazanacakları hususunda bilgilendirildiklerinden, *dolandırıcılık* da söz konusu olmamaktaydı. Halbuki bu tür oyunlarda matematiksel olarak kazancın bir sınırı vardır. Sistemin ilânihaye devam etmesi söz konusu olmamakta, dolayısıyla her katılımcıdan belli bir kâr alan düzenleyiciler asıl kârlı olanlar olmaktaydı. Avusturya'da da bu sistemden dolayı son zamanlarda bir çok kimsenin zarara uğradığına dikkat çekilmektedir. Bunun sonucu olarak kanun koyucu bu madde ile düzenleyicileri cezalandırma ve fakat oyuna katılanları cezalandırmama yolunu tercih etmiştir¹⁶.

Söz konusu 168a maddesine göre bir kazanç beklentisi sistemini, aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma edimi şartına bağlı olarak maddi kazanç ümidiyle ve maddi kazancın elde edilmesini diğer katılımcıların şarta tamamen veya kısmen uygun davranışına bağlı kılarak başlatan veya düzenleyen veya toplantı, prospekt veya diğer bir

¹⁵ BURGSTALLER, (dn. 4), 29.

¹⁶ SCHWAIGHOFER, *Das Strafrechtsänderungsgesetz 1996*, Wien 1997, 43.

çok kimseye reklama uygun diğer usullerle yayan veya böyle bir sistemin yayılmasını ticari amaçlı olarak destekleyen kimse 6 aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır. Fiili ile çok fazla sayıda kimsenin ağır zarara uğramasına neden olan kimse ise 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.

Kamu yararına düzenlenmiş oyunlar ile çok az bir para ile oynanan oyunlar madde kapsamında kabul edilmemektedir¹⁷.

2. Organize Suçlulukla Mücadele ile İlgili Değişiklikler

a. Organize Suçlulukla Mücadele İçin İhdas Edilen Yeni Suç Tipleri

1993 değişikliğinde “**kara paranın aklanması**” suç tipi ihdas edilmiştir (Avus. m. CK 165)¹⁸. Keza bu çerçevede uyuşturucu madde ticaretinin cezası artırılmış, 1997 değişikliği ile de insan kaçakçılığı suçu (Avus. CK m. 104a, Avus. Yabancılar Kanunu m. 105) ve göstermelik evliliğe aracılık suçları (Avus. Yabancılar Kanunu m. 106) oluşturulmuştur¹⁹. 1993 yılında ayrıca “**organize suç örgütü**” suç tipi Almanya örneği²⁰ göz önünde bulundurularak ceza kanununa eklenmiştir (Avus. CK m. 278a). Böylece o zamana kadar kanunda bulunmayan, sadece bir suç örgütüne üye olmanın cezalandırılması sağlanmıştır.

Avus. CK m. 278a maddesinde 1996 yılında yapılan değişiklikle bu maddenin uygulama koşulları sıkılaştırılmıştır. Buna göre bu suç tipinin gerçekleşebilmesi için belirli miktarda zenginleşmenin veya po-

17 MALECZKY, *Das Strafrechtsänderungsgesetz 1996*, Juristische Ausbildung und Praxis Vorbereitung (JAP) 1996/97, 131.

18 Ayrıca 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren Bankacılık Kanunu'nda da (Bankwesengesetz, BGBl 1993/532) kara paranın aklanmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır, bkz. BURGSTALLER, *Probleme der Geldwäscherei delikte*, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 22. strafrechtliches Seminar 1994, Wien 1995, 1 vd.

19 BURGSTALLER, (dn. 4), 12.

20 Bkz. ÜNVER, *Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, 392 vd.

litika veya ekonomi üzerinde önemli ölçüde etki sağlamanın ve ceza kovuşturması tedbirlerine karşı rüşvet veya korkutma (Einschüchterung) veya özel koruma yöntemlerinin kullanılmış olması gerekmektedir. Keza yüksek sayıda kişiden (en az 10 kişi) oluşan bir örgüt ve işletme benzeri bağlantı aranmaktadır²¹. Ceza hukukunun klasik anlayışından, yani suçun işlenmesinden sonra müdahale eden şeklinden farklı olarak, Avus. CK m. 278a'da açıkça önleme karakterinin ağırlık kazandığı göze çarpmaktadır. Gerçekten de burada henüz sosyal olarak uygun olmayan veya tehlikeli bir davranış söz konusu olmadan önceki safhada, daha bir suç örgütünün kurulması aşamasında cezalandırma söz konusu olmaktadır²². Ancak bu maddenin şimdiye kadar hemen hiç uygulama bulmadığına işaret etmek gerekir. Gerçekten de 1994 yılına ilişkin emniyet raporlarında veya şikayet istatistiğinde bu madde hiç yer almamıştır. Sadece mahkeme istatistiğinde beş kişinin bu maddeye göre mahkum edildiği dikkat çekmektedir ki, bu beş mahkumiyetten dördü de PKK'ya üye olan 4 Türk vatandaşına aittir. 1995 istatistiklerinde ise sadece bir mahkumiyet göze çarpmaktadır²³.

b. Organize Suçlulukla İlgili Diğer Tedbirler

aa. Zenginleşmenin Geri Alınması ve Mülkiyetin Devlete Geçmesi

1996 değişikliğinin ağırlık noktası zenginleşmenin geri alınması ve mülkiyetin devlete geçmesi (haksız zenginleşmenin failin elinden alınması ve ceza dışında kalan malvarlığı cezası²⁴) konusundadır. 1993 değişikliği ile getirilen tedbirlerin bir devamı olarak bu değişiklik yapılmıştır. 1993 değişikliğinde ceza kanununa eklenen kara parayı aklama suç tipi sayesinde bu tip bir fiili işleyenler cezalandırılmakta ise de, organize suçlulukta suç işleyen üyenin yerine yenisini ikame etmek her zaman mümkün olduğundan, daha etkili bir tedbir ola-

21 SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 33.

22 SCHWAIGHOFER, (dn. 14), 61.

23 SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 32, 33.

24 Bkz. KUNTER-YENİSEY, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. B., İstanbul 2000, 11, dn. 19

rak mal varlığına el konulması suretiyle yeni suçlar için yatırım yapılmasını engellemek amaçlanmaktadır. Eski düzenlemede kara parayı aklayanın fiili dolayısıyla aldığı paraya el konulabilmekte ise de, akladığı paraya bizzat el konulamamaktaydı²⁵.

Yeni düzenleme ile zenginleşmenin geri alınması ve mülkiyetin devlete geçmesi artık bir fer'i ceza değil, kusurdan bağımsız **sui generis bir müeyyide** haline getirilmiştir. Böylece failin koğuşturulması veya mahkum olmuş olması gerekmemektedir. Bu tedbirlere ihtiyati tedbir olarak da başvurulması mümkündür (Avus. CMUK 144a). Ayrıca belirtelim ki, yurt dışında verilmiş olan geri alınma ve mülkiyetin devlete geçmesine ilişkin yabancı kararların Avusturya'da infazı mümkün kılınmıştır²⁶.

aaa. Zenginleşmenin Geri Alınması

Yeni düzenleme (Avus. CK m. 20) ile hem suçun işlenmesi için elde edilen maddi varlıklar, hem de suçun işlenmesi suretiyle elde edilen maddi varlıklar açısından zenginleşmenin geri alınması söz konusu olabilir²⁷.

Bu noktada yapılan önemli bir değişiklik de, failin devamlı suç işlemesi ve bu sayede maddi kazançlar elde etmesi halinde, bunların işlenen suç ile zamansal ilişki içinde bulunması ve bunları yasal yoldan elde ettiğini ispat edememesi halinde bunlara el konulabilmesidir (Avus. CK m. 20/II, 2.bent). Burada ispat mükellefiyetinin faile yüklendiğine de dikkat çekmek gerekir. Bu hüküm Alman Hukuku örnek alınarak getirilmiş ise de, Almanya'da bu tip bir düzenleme ancak çeteler tarafından veya ticari olarak işlenen ağır suçlar ile sınırlı olarak benimsenmiş iken (Alm. CK m. 73d), Avusturya'da sözgelimi bir dükkana girerek hırsızlık yapmanın birkaç kez tekrarlanması halinde de bu hüküm uygulama alanı bulmakta ve dolayısıyla organize suçluluk alanı dışında da uygulama söz konusu olabilmektedir²⁸.

²⁵ SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 29; Ayrıntılı bilgi için bkz. MALECZKY, (dn. 17), 130.

²⁶ BURGSTALLER, (dn. 4), 10; SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 30, 32.

²⁷ SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 29.

²⁸ SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 30, 31.

Zenginleşmenin geri alınması tedbirine yönelik olarak “resosyalizasyona aşırı aykırı” olduğu eleştirisi yapılmaktadır. Gelecekte legal bir yaşam ve kazanç elde etme yöntemlerine yönelmesi beklenen failer bakımından yargıca bu tedbire hükmetmeme yetkisi tanınmalıdır²⁹.

bbb. Mülkiyetin Devlete Geçmesi (=Verfall)

Bu konuda kanuna eklenen 20b maddesi ile Avus. CK m. 278a manasında organize suç örgütlerine ait mal varlıklarının mülkiyetinin devlete geçeceği açıklanmaktadır.

Yeni düzenleme ile ayrıca bir organize suç örgütünün tasarrufuna açık bulunan ve Avusturya yargısının yetki alanına dahil olmayan yurt dışındaki eylemlerden elde edilmiş bulunan mal varlıklarının da mülkiyetinin devlete geçmesi olanağı tanınmıştır³⁰.

bb. Organize Suç ve Kovuşturma Yöntemleri

Avus. CK m. 278a'nın organize suçlulukla mücadelede kullanılacak özel yöntemler bakımından da önemi bulunmaktadır. Avus. CMUK m. 149d/I 3. bende göre, Avus. CK m. 278a gereğince 10 yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suçtan dolayı bir suç örgütü çerçevesinde işlenen veya işlenmesi planlanan bir suçun açıklığa kavuşturulması veya önlenmesi için teknik aletler kullanarak **dinleme veya gözleme** yapmak mümkündür. Bu tedbir bunlarla ilişki kurma ihtimâlinin bulunması halinde suça katılmayan kimseler açısından da uygulanabilir. Avus. CMUK m. 149e gerekli aletlerin yerleştirilmesi için itiraz kurulunun (Ratskammer) ilgili konutlara girme izni verebileceğini amirdir. Bu hüküm eleştirilerek bu kadar ağır müdahale yetkisinin çok basit bir şüphede, basit bir suç örgütüne üyelik halinde bile tanınmış olmasının hukuk devleti ilkesi açısından sakıncalı olduğu belirtilmektedir. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseler, bizzat kendileri suç şüphesi altında olmadıkça dinlenemez ve gözlenemez (Avus. CMUK m. 149d/ 3b) bent)³¹. Haklarında bu tedbirin uygulanamaya-

²⁹ BERTEL, (dn. 6), 65.

³⁰ SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 32.

³¹ SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 35; FUCHS, *Neue Ermittlungsmaßnahmen und Eingriffsbefugnisse zur Bekämpfung organisierter Kriminalität*, in: Organi-

cağı kimseler grubuna yakın akraba ve en azından eşlerin de dahil olması haklı olarak önerilmektedir³².

Şüphelilerin akustik ve optik olarak gözetlenmesi, **bilgi denetimi** (şüpheli sayısını en aza indirmeye yönelik bilgisayar sistem analizi, bilgisayar verilerini inceleme=Rasterfahndung) gibi yöntemler, şimdiye kadar açık bir şekilde, tutuklama, arama, el koyma gibi tedbirlerle yürütülen suçla mücadelede başka bir boyuta geçişi ifade etmektedir: Bu da gizli yöntemlerle veya başka bir ifadeyle "sinsi" yöntemlerle suçla mücadeledir³³.

Bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir konu da, başka hiç bir ülkede bulunmayan "**Hukuksal Koruma Görevlisi**" (=Rechtsschutzbeauftragter) kurumudur. Avus. CMUK m. 149n ve m. 149o da düzenlenmiş olan bu müessese hukuk devleti bakımından önemli bir garanti fonksiyonu görmek üzere oluşturulmuştur³⁴. Bir nevi *ombudsman* olan Hukuksal Koruma Görevlisi akustik ve optik gözetleme ve bilgi denetimi tedbirlerine hükmedilmesi ve uygulanmasının denetimi ile yetkili kılınmıştır. Bağımsız bir organ olan Hukuksal Koruma Görevlisinin asli görevi temel hakların korunması olup, bu kapsamda özellikle söz konusu tedbirlerde yasallığın sağlanması ve hukuka aykırı delillere karşı korumayı sağlayan bir fonksiyona sahiptir³⁵.

Hemen belirtelim ki ileri yıllarda Avusturya Ceza Hukuku'nda yapılacak değişikliklerde de **organize suçlulukla mücadelenin** yine

sierte Kriminalität –Professionelle Ermittlungsarbeit- Neue Herausforderungen, Wien 1996, 202, 203.

32 PFEIFFER, *Stellungnahme zu zwei österreichischen Gesetzesentwürfen zur Bekämpfung schwerer und organisierter Kriminalität*, in: Organisierte Kriminalität-Professionelle Ermittlungsarbeit-Neue Herausforderungen, Wien 1996, 178; SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 35; FUCHS, *Zum Entwurf eines Bundesgesetzes über besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung organisierter Kriminalität*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 24. strafrechtliches Seminar 1996, Wien 1997, 281.

33 SCHMOLLER, 22.

34 BURGSTALLER, (dn. 4), 21, dn. 10.

35 Ayrıntılı bilgi için bkz. MACHACEK, *Die Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Österreich*, ÖJZ 1998, 560 vd.

ana temalardan birini oluşturacağı ileri sürülmektedir. Nitekim bu konuyla ilgili olarak önerilen değişikliklerden bir kısmı şu konular ile ilgilidir: Elektronik delil temini, vücut üzerinde uygulanacak tedbirler, bilginin gizliliği (Datenschutz), tanıkların korunması, ajan-provokatör, savcılığa bağlı merkezi mücadele birimi, adli organların korunmasına ilişkin tedbirler³⁶.

3. Çocuk ve Kadınların Daha İyi Korunmasına İlişkin Değişiklikler

1.10.1994 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle özellikle geçtiğimiz yıllarda Avrupa'da oldukça yaygınlaşan küçüklerin pornografik yayınlarda kullanılması gerçeği dolayısıyla kanuna 207a maddesi eklenerek, **küçüklerle pornografi** çekimi ceza tehdidi altına alınmıştır. Söz konusu maddede hayvanlarla pornografik ilişki içeren filmler de cezalandırılmaktadır. Bu hüküm böyle bir filmin yapılmasını, piyasaya sürülmesini, başkalarına verilmesini, sunulmasını ve hatta böyle bir filmin alınması veya böyle bir filme sahip olunmasını da cezalandırmaktadır³⁷.

Yine çocuklar bakımından cinsel kötüye kullanmaya karşı ikili bir ek koruma getirilmiştir. İlk **küçüklerle cinsel ilişki** kurma ağır kötüye kullanma olarak kabul edilmiş (Avus. CK m. 206) ve bu kapsamda cinsel ilişkiye benzer hareketler bakımından da aynı ceza öngörülmüştür. İkinci olarak da çocuk ve gençlere yönelik cinsel suçlardaki zamanaşımı süresi, bu çocuklar reşit oluncaya kadar işletilmemek suretiyle, uzatılmıştır (Avus. CK m. 58/III, 3. bent)³⁸.

89 değişikliğinde ayrıca **ırza geçme, seksüel zorlama ve evlilik içinde ırza geçmeye** ilişkin Avusturya Ceza Kanunu'nun 201, 202 ve 203. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. 1989 değişikliği ceza hukukunun ahlâk alanından uzaklaştırılması (Entmoralisierung des Strafrechts) hususunda yeni bir teşebbüs olarak değerlendirilmektedir. Bu

³⁶ HAUPTMANN, *Unkonventionelle Gedanken zu einem Strafrechtsänderungsgesetz 2000*, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 22. Strafrechtliches Seminar 1994, Wien 1995, 125 vd.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. BERTEL, (dn. 6), 54 vd.

³⁸ BURGSTALLER, (dn. 4), 14.

değişiklikte söz konusu hükümlerde ağırlıklı olarak kişilerin cinsel yaşamlarını serbestçe belirleme hakları ve bu hakka cebir kullanılarak tecavüz edilmesi vurgulanmaktadır. Bu bakımdan önem arz eden husus, ırza geçmenin ahlâki kötülüğünden ziyade, failin cebir kullanmasının ön plana çıkarılmasıdır. Böylece ırza geçme bir nevi özel cebir suçu olarak düşünülmektedir³⁹.

Irza geçme suçu bakımından mağdurun mukavemet edememesinin sağlanması koşulu kaldırılmış, cinsel ilişki dışında, ona benzer cinsel hareketlerin yapılması da ırza geçme olarak kabul edilmiş ve son olarak da kadınların yanı sıra erkeklerin de ırza geçme suçunun mağduru olmasını sağlayacak şekilde, cinsiyet belirleyici nötr ifadeler kullanılmıştır⁴⁰.

Evlilik içinde ırza geçme bakımından da sadece evlilik değil, tarafların evlilik dışı bir arada yaşamaları da esas alınmıştır. Bu suretle evli olmadan bir arada yaşayan çiftler arasındaki zorla yapılan cinsel ilişkiler de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁴¹.

1996 yılında yapılan ilginç bir değişiklik de, refah toplumlarında son yıllarda sıkça rastlanan değişik bir turizm türü ile ilgilidir: **Seks turizmi** olarak adlandırılan bu turizm çeşidinde gelişmiş ülkelerin zengin erkekleri, Tayland, Filipinler veya Rusya ve diğer Doğu Avrupa ülkelerine sadece seks yapmak için gitmektedirler. Avusturya Ceza Ka-

³⁹ SCHICK, *Sittlichkeit-Sexualmoral-Strafrecht, Der österreichische Weg einer Entmoralisierung des Strafrechts*, in: Festschrift für Geerds, Lübeck 1995, 185; Avusturya'da yapılan bir araştırmada cinsel suç işleyen failerin %37'sinin ırza geçme, %63'ünün ise 14 yaşından küçüklerin seksüel açıdan kötüye kullanılması suçunu işledikleri saptanmıştır. Yine aynı araştırmaya göre seksüel kötüye kullanma suçunu işleyen failerin %30'u fücür suçunu işlerken, %70'i ise aile dışında cinsel ilişki suçunu işlemektedir. Bu ikinci grupta ise yine öğretmen, eğitici vs. in ağırlıklı olarak fail grubunu teşkil ettiklerine işaret etmek gerekir. Araştırmanın ilginç bir sonucu ise bu tür failerin %39 ile %66 arasında değişen oranlarda aynı suçun mükerriri olduklarıdır, bkz. NEWS, 16 Aralık 1999, Nr.50, S.58, 59.

⁴⁰ BURGSTALLER, (dn. 4), 14.

⁴¹ HÖPFEL, *Landesbericht Österreich*, in: *Strafrechtsentwicklung in Europa* 3, Teil 2, (Hrsg. Eser/Huber) Landesberichte 1986/1988, Freiburg i.Br. 1990, 829.

nunu'nun yurtdışında Avusturya vatandaşları tarafından işlenen suçları düzenleyen 64. maddesine yapılan bir ek ile (m. 64/I, 4a bendi) reşit olmayanların seksüel açıdan kötüye kullanılması ve reşit olmayanlarla pornografik yayın yapılması suçlarının mutad ikametgâhı Avusturya olan Avusturya vatandaşları tarafından işlenmesi halinde de, bu kimselerin Avusturya'da yargılanması yolu açılmıştır.

Bu değişiklikten önce bu tür bir fiil ancak, o fiilin, fiilin işlendiği yerde de cezalandırılması halinde cezalandırılıbiliyordu. Özellikle bazı Asya ülkelerinde bu yöndeki yaş sınırının Avusturya'dan düşük olması dolayısıyla bu tip failer cezasız kaldığından böyle bir düzenlemeye gereksinim duyulmuştur. Hemen belirtelim ki bu değişiklik bu yöndeki uluslararası çabalara da uymakta ise de, bu tip bir fiilin ispat gücünün de bulunduğu açıktır⁴².

4. Diğer Yeni Suç Tipleri

Rüşvet suçu ile ilgili olarak diğer Avrupa Birliği üyesi ülkelerin memurları ile yabancı ülke memurlarına rüşvet verilmesi de rüşvet verme suçuna dahil edilmiştir (Avus. CK m. 307). Ayrıca **bilgisayar suçluluğu** alanında bir takım yeni suçların ihdas edildiği görülmektedir (Avus. CK m. 126a, 148a). Keza **teşviklerin kötüye kullanılması** da ilk defa 1998 yılı değişikliği ile ceza kanununa eklenen yeni bir suç tipi olmuştur (Avus. CK m. 153b). **Çevre ceza hukuku** alanında da yeni bir takım suç tipleri konmuştur (bkz. Avus. m. CK 180-183b)⁴³. Çevre hukuku kapsamındaki değişiklikler ceza hukukunun bir diğer genişleme eğilimini göstermektedir: Zarar suçlarının yerine tehlike suçlarının ihdası. Tehlike suçlarında da daha çok soyut tehlike suçları⁴⁴.

1996 değişikliğiyle kanuna eklenen 177a maddesi ile **atom, biyolojik ve kimyasal savaş** malzemelerinin üretimi, geliştirilmesi, satılması, alınması vs. ve 177b maddesi ile de radyoaktif madde ticareti cezalandırılmıştır⁴⁵. Ayrıca dünyada **insanlara yönelik mayınlara** artan

42 SCHWAIGHOFER, (dn. 16), 39.

43 BURGSTALLER, (dn. 4), 11, 12.

44 SCHWAIGHOFER, (dn. 14), 58.

45 Ayrıntılar için bkz. MALECZKY, (dn. 17), 131, 132.

tepkinin ve bu yönde başlatılan kampanyaların etkisiyle Avusturya'da da 1997 yılında çıkarılan bir kanun ile bu mayınları üretme, satma, alma, kullanma ve bulundurmanın cezalandırılacağı açıklanmıştır (İnsanlara Yönelik Mayınların Yasak Olduğuna Dair Avusturya Kanunu m. 2, 5)⁴⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yeni suç tipleri ihdasının yanı sıra, aksi yönde⁴⁷ bir değişiklik olarak **zina suçu** bir çok Avrupa ülkesinden çok geç bir tarihte, 1996 yılında Avusturya Ceza Kanunu'ndan çıkarılmıştır. Aynı şekilde ticari amaçlı **homoseksüel ilişki** suçu, homoseksüel ilişki reklamı ve homoseksüel ilişki için bağlantı kurma suçu da kaldırılmıştır⁴⁸. Bu değişiklik öğretilerde olumlu karşılanmakta olup, ayrıca 14 yaşından büyük 18 yaşından küçüklerle homoseksüel cinsel ilişkiyi cezalandıran 209. maddenin de kaldırılması talep edilmektedir⁴⁹.

B. Cezaların Ağırlaştırılması

1984 yılında **kadınların cinsel amaçlı satılmasının** cezası artırılmıştır⁵⁰. **Müessir fiil** suçları alanında cezalarda önemli ağırlandırmalar gözlenmektedir. 1987 yılında yapılan bir değişiklikte sebepsiz yere şiddet kullanma suçu (en az üç ayrı müessir fiil suçunu sebepsiz yere ve ağır şiddet kullanarak işleme) ağır müessir fiil olarak sınıflandırılmıştır (Avus. CK m. 84/III)⁵¹. 1996 yılında da müessir fiile uygulanacak cezanın asgari haddi altı aydan bir yıla çıkarılmıştır (Avus. CK m. 83/I). Bu değişikliğin nedeni olarak, mala yönelik suçlara nazaran vücuda yönelik suçların daha hafif cezalandırılması gösterilmektedir⁵².

46 Bundesgesetzblatt (BGBl) I 1997/13.

47 Belirtmek isteriz ki, bu değişiklikler yukarıda belirtmiş olduğumuz Avusturya Ceza Hukuku'ndaki yeni suç tipleri şeklindeki eğilimin aksi yönde bir eğilime de işaret etmektedir. Bu da suç olmaktan çıkarma eğilimi, bkz. SCHWAIGHOFER, (dn. 14), 65 vd.

48 BURGSTALLER, (dn. 4), 16; HÖPFEL, (dn. 41), 827.

49 Bkz. SCHICK, (dn. 39), 203 vd., 228.

50 BURGSTALLER, (dn. 4), 13.

51 HÖPFEL, (dn. 41), 826.

52 BERTEL, (dn. 6), 59; Bu gelişme Alman Ceza Kanunu'nda 6. Reform Kanunu ile 1998 yılında yapılan değişikliklere koşuttur. Nitekim orada da mülki-

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik fiilinin cezası da, son yıllarda Avusturya'da gittikçe artan yabancı düşmanlığı göz önünde tutularak artırılmıştır (Avus. CK 283)⁵³.

II. Yaptırım Alanında Sınırlamalar

A. Hürriyeti Bağlayıcı Cezadan Uzaklaşma

1970'li yılların sonlarından itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayıp da Avrupa'yı da etkileyen ceza infazının sosyalleştirme etkisi hususundaki tereddütler, Avusturya'da da etkisini göstermiştir. Dolayısıyla çok gerekli olmadıkça kişiyi cezaevine göndermeme hususundaki eğilim, özellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara mümkün olduğunca hükmetmemek yönünde düzenlemelerin yapılmasıyla sonuçlanmıştır⁵⁴.

Böylece yaptırım alanında yapılan ilk sınırlama, fiilen çekilen hürriyeti bağlayıcı cezayı mümkün olduğunca önlemek yönündedir. Böylece şartlı olarak **tecil** edilen hürriyeti bağlayıcı ceza sınırı 1987 yılında iki yıla çıkarılmıştır (Avus. CK m. 43). Aynı eğilim 1997 tarihli Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Kovuşturma Yöntemleri Kanunu'nda da devam ettirilmiştir. Böylece belli koşullar altında ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza veya en az on yıl hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar bakımından da şartlı tecil olanağı sağlanmıştır (bkz. Avus. CK m. 43)⁵⁵. Ayrıca bu noktadaki çok önemli bir hüküm olarak

yet gibi yararlarla nazaran yaşam, vücut bütünlüğü, kişi özgürlüğü ve cinsel özgürlük gibi yararlarla daha fazla önem verildiğinin bir göstergesi olarak bu yönde değişiklikler yapılmıştır, bkz. HAKERİ, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Alman Hukuku'nda Artık Bir Hafifletici Sebep Değildir*, İBD Eylül 1999, 669, dn. 8.

53 MALECZKY, (dn. 17), 133.

54 BURGSTALLER, (dn. 4), 7; Bkz. PALLIN, *Die neue Strafrechtsreform in Österreich, Wirtschaftsstrafrecht- Strafmittelkombination-, bedingte Entlassung*, in: *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht*, Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln, Berlin, Bonn, München 1988, 132.

55 BURGSTALLER, (dn. 4), 5; Hemen belirtelim ki, Avus. CK m. 43 ve 43a'da şartlı tecil ile kısmi şartlı tecilin ömür boyu hapis ile on yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanmayacağı belirtil-

da 53. madde dikkati çekmektedir. Bu hükme göre cezanın şartlı olarak ertelendiği veya sanığın şartlı salıverildiği hallerde, deneme süresi içinde **yeni bir suç işlenmesi** durumunda, tecil veya şartlı salıverme otomatik olarak kaldırılmamakta, bu husustaki karar, böyle bir kararın mahkumun tekrar yeni bir suç işlemesini engelleyecek olması koşuluna bağlanmaktadır. Bu suretle tecilin veya şartlı salıvermenin kaldırılması cezanın özel önleme amacına hizmet etmesi halinde söz konusu olabilecektir⁵⁶.

Fiilin cezaya layıklığının az olduğu hallerde, cezalandırılmamasını öngören Avus. Ceza Kanunu'nun 42. maddesinde 1987 yılında yapılan değişiklikle 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda bu hükmün uygulanmasına olanak tanındığı gibi, ayrıca savcıya da maddenin koşullarının gerçekleşmiş olması halinde kovuşturma kararı verme yetkisi verilmiştir⁵⁷. Keza aynı değişiklikte ayrıca failin fiilinin sonuçlarını bilâhare esaslı ölçüde ortadan kaldırması, iyileştirmesi veya diğer herhangi bir şekilde denkleştirmesi hususunda ciddi bir çaba göstermesi halinde de failin cezalandırılmaması öngörülmüştür. Bu değişiklik uygulamada mesela trafik suçlarında etkisini göstermiş ve trafik kazalarında neden olunan zararın karşılandığına ilişkin belgeler esas alınarak bu hüküm uygulama alanı bulmuştur⁵⁸.

Bu hüküm ile Avusturya Ceza Hukuku'nda pişmanlığa, geleneksel olarak malvarlığına yönelik suçlarda cezayı kaldırıcı etki tanınırken, pişmanlığın etkisi hususunda yeni bir alan daha belirlenmiş olmaktadır⁵⁹. Keza Avusturya Ceza Kanunu'nun 42. maddesinde yapılan bu değişiklik ile en son 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren *diversiona* ilişkin bir dizi yeniliğin yolunun açıldığı söylenebilir⁶⁰.

mekle beraber, bu hükmün 1.1.1998 ila 31.12.2001 tarihleri arasında uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

56 HÖPFEL, (dn. 41), 831.

57 SCHWAIGHOFER, *Ausgewählte Fragen zum Strafrechtsänderungsgesetz 1987*, ÖJZ 1988, 592.

58 PILGERMAIR, *Zur Praxis des Strafrechtsänderungsgesetzes 1987*, in: *Bezauger Tage 1989*, Wien 1991, 92, 93.

59 HÖPFEL, (dn. 41), 825.

60 PILGRAM, *Der Modellversuch "Außergerichtlicher Tatausgleich im Erwachsenenstrafrecht" – Vorgeschichte, Konzept und Organisation*, in: *Ausweg aus*

B. Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Süresini Kısaltma

Hürriyeti bağlayıcı cezadan komple vazgeçilemeyen yerde, bu kez bunun süresinin kısaltılması hedeflenmiştir. 1920'li yıllardan beri devam eden bir gelişmenin sonucu olarak⁶¹, hürriyeti bağlayıcı cezaların infazından vazgeçmek suretiyle hükümlü sayısını azaltmak amaçlanmaktadır. Bu amaçla şartlı cezadan vazgeçme ve şartlı salıvermenin genişletilmesinin yanı sıra müeyyide katalogu da genişletilmiştir⁶². **Şartlı salıvermenin** genişletilmesi suretiyle de (md. 46) Avrupa'da 100 bin kişi başına düşen en fazla hükümlü sayısına sahip olan Avusturya bu sayıyı düşürmeyi öngörmektedir⁶³. 46. maddede yapılan değişiklikten önce mahkemelerin şartlı salıverme kararı vermede çok tutumlu davranmaları dolayısıyla, yapılan değişiklikle kural olarak cezanın 1/2 sinin, istisnai hallerde de 2/3 ünün çekilmesiyle şartlı salıverme hakkının doğması sağlanmıştır. Keza şartlı salıverilme hakkının doğabilmesi için çekilmiş olan asgari ceza miktarı da 6 aydan 3 aya indirilmiştir⁶⁴.

1987 yılında yapılan en önemli değişiklik ise **kısmi şartlı cezanın** kanuna eklenmesi suretiyle hürriyeti bağlayıcı cezadan uzaklaşma yönünde yeni bir müessesenin ihdasıdır (Avus. Ceza Kanunu m. 43a). Bu hukuki kurumun oluşturulmasıyla Avusturya'nın suç politikası bakımından Avrupa'da öncü rol üstlendiği ileri sürülmektedir. Kısmi şartlı cezaya hükmedilmesi demek, mahkemenin son kararı verirken faili/toplumunu başka suçlar işlemesinden/işlenmesinden uzak tutmak için cezanın tümünün infaz edilmesinin gerekli olup olmadığına karar vermesi demektir. Burada bir aftan ziyade toplumun çıkarına hizmet

dem Strafrecht –der "außergerichtliche Tatausgleich": Überlegungen anlässlich eines "Modellversuchs" im österreichischen (Erwachsenen-)Strafrecht, Baden-Baden 1994, 82.

61 MOOS, (dn. 10); BURGSTALLER (dn. 4), 6.

62 FUCHS, (dn. 1), 24; PILGERMAIR, (dn. 58), 95; SCHWAIGHOFER, (dn. 57), 589.

63 PILGERMAIR, (dn. 58), 97; Haziran 1987'de yapılan bir araştırmaya göre Avrupa'da 100 bin kişi başına 102,5 hükümlü sayısı ile Avusturya birinci sırada bulunmaktadır. Türkiye ise 99,8 sayısı ile ikinci sıradadır, SCHWAIGHOFER, (dn. 57), 588.

64 PALLIN, (dn. 54), 134, 135.

edecek bir suç politikası kurumu söz konusudur⁶⁵. Şartlı cezanın kısmi olmasından kasıt cezanın komple ertelenmesi yerine, cezanın parçalara bölünerek bir kısmı hakkında erteleme, diğer kısmı hakkında infaz kararı verilmesidir⁶⁶. Bu müessese hükmedilen cezanın miktarı itibarıyla şartlı tecile müsait olmaması dolayısıyla, ancak müsait olan kısmının ertelenmesi olanağını tanımaktadır⁶⁷.

Önemle eklemek gerekir ki, Avusturya Ceza Kanunu **tehlikeli müte-kerrir suçlular** bakımından hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından sonra bir müesseseye yatırma tedbirinin uygulanacağını amirdir (Avus. CK 23, 24).

C. Genç Suçlular ile İlgili Hükümler

Genç suçlular ile ilgili olarak yapılan düzenlemelerde de hürriyeti bağlayıcı cezaya mümkün olduğunca hükmetmemek yolunda hükümler görülmektedir. Bu alanda özellikle 1989 yılında yürürlüğe giren Gençlik Mahkemeleri Kanunu ile getirilen yenilikler iki başlık altında toplanabilir:

İlki gençlik ceza hukukunun uygulanma sınırınının 18 yaştan 19 yaşa çıkarılmış olmasıdır (Gençlik Mahkemeleri Kanunu m. 1/2.bent; Ceza Kanunu m. 74/2. bent). **İkincisi** ise Avusturya'da ilkin gençlik suçluluğunda uygulama alanı bulan *diversion* kurumu ile getirilen yeniliklerdir⁶⁸. Dünya'nın bir çok ülkesinde "*diversion*", "çatışma düzenlemesi= Konfliktregelung", "fail-mağdur denkleşmesi", "mediasyon=mediation", "özelleştirme", "mahkeme dışı fiil uzlaşması" gibi kurumlar çerçevesinde yoğunlaşan o yıllardaki güncel eğilimler çerçevesinde, hafif ve orta ağırlıktaki suçlarda ve özellikle çocuk suçluluğunda bu tip fiilleri genel ceza muhakemesi hukukunun yetki alanından çıkararak, bu alanın dışında ele alma düşünceleri Avusturya'da da tartışılmıştır⁶⁹.

65 BIRKLBAUER, *Die teilbedingte Strafnachsicht*, in: Festschrift für Reinhard Moos, Wien 1997, 83.

66 BIRKLBAUER, (dn. 65), 84.

67 BURGSTALLER, (dn. 4), 6.

68 Bkz. BURGSTALLER, (dn. 4), 9.

69 JESIONEK, *Der außergerichtliche Tatausgleich als neue Reaktionsform des Strafrechts*, in: Bezauger Tage 1989, Wien 1991, 43.

Böylece genç suçlular bakımından esas olanın ceza hukuku araçlarının kullanılmasının değil, suç işlenmeden önce önleme ve mağdurun zararlarının karşılanması olduğu özellikle vurgulanmış olmaktadır. Bu suretle genç suçlular bakımından kısas kaynaklı reaksiyonlar geri plana atılmaktadır. Gencin aktif bir pişmanlık göstermesi ve özellikle de vermiş olduğu zararları karşılaması özel önleme amacı noktasında bir ceza kadar etkilidir⁷⁰.

Bu mülahazalarla ve 1985 yılında başlatılan pilot uygulamanın 1988 yılına kadar olumlu sonuçlanması üzerine⁷¹ genç suçlular bakımından *diversion* uygulamasına geçilmiştir. Gençlik ceza hukukundaki *diversion* uygulaması iki ayrı şekilde söz konusu olabilir: İlk savcının ceza kovuşturmasından sadece vazgeçmesi: Avusturya Gençlik Mahkemeleri Kanunu'nun 6. maddesine göre savcılık herhangi ek bir edim aramaksızın vazgeçebilir. İkincisi ise 1999 değişikliği ile Avusturya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na eklenen ve 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren *diversiona* ilişkin hükümler gereğince yapılan uygulama⁷². Bu uygulama esas itibarıyla yetişkinlerin tâbi olduğu kurallara göre yapılacak olmakla beraber, GMK m. 7 genç suçlular ile ilgili bazı kolaylıklar öngörmüş bulunmaktadır.

Çocuk suçluluğunda *diversion* kapsamında düşünülen suç tipleri daha çok eğitim ve gelişim bozukluklarına bağlı olarak gençler tarafından işlenen suçlardır⁷³. Bugün Avusturya'da gençlerin işlediği suçla-

⁷⁰ MOOS, *Der außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionsersatz*, JBL 1997, 343, 344.

⁷¹ *Einführungserlass des BMJ zur Strafprozessnovelle 1999*, in: *Diversion: Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Miklau/Roland (Hrsg); Wien 1999, 145, 146.

⁷² Avusturya'daki *diversionun* gerçek bir *diversion* olduğu tartışmalıdır, zira sonuçta yine bir tedbir uygulaması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle olsa gerektir ki, Avus. CMUK bu konuyu düzenleyen bölümün başlığında bu kavramı direkt olarak kullanmamış, "para ödenmesi, kamu yararına çalışma, deneme süresi veya mahkeme dışı uzlaşma neticesinde kovuşturmadan vazgeçme" başlığını kullanmış, bunlardan sonra da emin olmadığını gösteren bir şekilde parantez içinde (*Diversion*) demiştir, Prof. Dr. Manfred Burgstaller'in Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 1999-2000 ders yılında vermiş olduğu "Ceza Hukukundaki Aktüel Gelişmeler" konulu seminerde ifade edilmiştir.

⁷³ JESIONEK, *Die Konfliktregelung im neuen österreichischen Jugendrecht*, in: *Festschrift für Franz Pallin*, Wien 1989, 163.

rın yaklaşık 3/4'ü hakkında ceza değil, *diversion* tedbirleri uygulanmaktadır⁷⁴.

D. *Diversion* Uygulamasının Yaygınlaştırılması

Diversion fikrinin kaynağı esasen ceza hukuku uyuşmazlıklarına devletin müdahalesini önleme veya mümkün olduğunca azaltma düşüncesidir (non-intervention).⁷⁵ Dolayısıyla *diversion* tartışmalarının temelinde **ceza hukuku anlayışının farklılaşması** bulunmaktadır. Buna göre suç sadece devlet tarafından reaksiyon gösterilmesi gereken bir norm ihlâli olarak değil, ilk planda mağdurun, sonra failin, en sonda da toplumun etkilendiği somut bir toplumsal çatışma olarak görülmektedir⁷⁶. *Diversion* modelinde devlet faili bir ceza mahkemesi kararı ile mahkum edip onu suçlu olarak damgalamak yerine, bir manada faile "gel bu problemi beraber halledelim" demektedir. Burada da aslında devletin faili karşısına almaktan ziyade, yapmış olduğu haksızlığı beraber değerlendirmekte olduğuna dikkat çekmek gerekir⁷⁷.

Hukukçular tarafından iddia edildiğinin aksine, bir çok araştırmancının, somut bir suçtaki toplumun cezalandırma ihtiyacının çok da yüksek olmadığını gösterdiği belirtilmektedir. Keza özel önleme amacına da, aylarca mahkeme salonlarında yapılan duruşmalardan veya bizzat cezadan çok, fiilin dolaylı etkileriyle ulaşılmaktadır (çevrenin, ailenin tepkisi gibi). Ayrıca hukukçular tarafından yapılan ceza ile tazminat arasındaki dogmatik ayırım da mağdur ve kamuoyu tarafından anlaşılmamaktadır. Gerçekten de bir heyecan anında bir mala zarar veren bir gencin, biriktirdiği parasından bu zararı karşılamasından sonra

74 KIENAPFEL-HÖPFEL, *Grundriss des österreichischen Strafrechts*, AT, 8. B., Wien 2000, 279.

75 LÖSCHING-GSPANDL, *Gedanken zur "Wiedergutmachung" in der Strafrechtspflege*, JBl 1995, 769; SCHROLL, "Strafverfahren ohne Strafe – *Diversion* in Österreich- Praxis und Ausblick", JRP (Journal für Rechtspolitik) 1997, 44, 45. Günümüzde ise bu görüşten çok farklı bir noktada *diversion* uygulaması söz konusu olmaktadır, ibid.

76 JESIONEK, (dn. 69) 49; JESIONEK, (dn. 73), 167; Ayrıntılı bilgi için bkz. MOOS, (dn. 70), 337 vd.

77 KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 281.

ayrıca bir de cezalandırılması hukukçu olmayanlar tarafından anlaşılır değildir⁷⁸. Keza yasal yaptırım tehditlerinin mevcudiyeti, adli makamların faaliyette olması ve hukukun uygulandığına güven duyulması manasında⁷⁹ cezanın genel önleme amacının pozitif şekli bakımından da yaptırımın türü önem taşımamaktadır. Aksine ilk planda önemli olan husus, devletin suça karşı tepki göstermesidir. Yoksa tepkinin nasıl olduğu ikinci planda kalmaktadır. Bu itibarla *diversion* uygulaması da, devletin suça karşı tepkisini ifade eden bir müessese olarak, pozitif genel önleme amacına da hizmet etmektedir⁸⁰.

Ceza davalarına bakan mahkemelerin duruşmaları gözlemlendiğinde ve adalet istatistiklerine bakıldığında kamuoyunun çoğunluğunun sahip olduğunun aksine bir sosyal gerçekle karşılaşılır: İşlenen suçların çoğu günlük çatışmalardan kaynaklanan hafif veya önemsiz suçlardır. Çoğunda da failin tesadüfen suç işlediğini ve tekerrür eğilimi göstermediğini, pişmanlık duyduğunu görmek mümkündür. Halbuki ceza hukuku denildiğinde akla gelen, ceza tehdidi, yüksek hapis cezaları ve bunların infazıdır. Bunun nedenlerinden biri ise basında daha çok ağır suçların yer alması ile sinema ve televizyondaki kurgu olaylarda da ağır suçların işlenmesidir⁸¹.

İşte son yıllarda⁸² bir çok hukuk düzeni bakımından yapılan gözlem, özellikle bu önemsiz suçlar bakımından para cezası yerine alternatif bir takım tedbirleri öngörme yönünde bir eğilimin bulunduğudır. Böylece özellikle ilk defa suç işleyenler bakımından⁸³ gereksiz damgalanma etkisi önlenilecek ve mağdurun yararları da göz önünde tu-

78 JESIONEK, (dn. 69), 50; JESIONEK, (dn. 73), 167.

79 KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 5.

80 KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 281.

81 MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in: *Diversion: Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Miklau/Roland (Hrsg), Wien 1999, 29.

82 *Diversion* konusu 1984 Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin şekli ceza hukukuna ilişkin kısmının konusunu oluşturmuştur, bkz. JESCHECK, *Ta-gungsbericht – Der XII. Internationale Strafrechtskongreß der association Internationale de Droit Pénal*, ZStW 97 (1985), 707 vd.; WEIGEND, (çev.), *Entschliefungen des XII. Internationalen Strafrechtskongresses in Kairo 1984*, in: ZStW 97 (1985), 738 vd.

83 KINEAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 280.

tulabilecektir. İşte bu yöndeki bütün çabalar için ortak bir terim olarak “*Diversión*” kavramı kullanılmaktadır⁸⁴. Benzer manada olmak üzere “çatışma düzenlemesi (= Konfliktregelung)” veya “fail-mağdur denkleşmesi (= Täter - Opfer Ausgleich)” terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir⁸⁵.

Avusturya’da *diversion* ilkin 1978 yılında Avus. CMUK reformu çalışmaları sırasında ortaya atılmıştır⁸⁶. Avrupa’da hafif suçluluk ile orta ağırlıkta suçluluk arasındaki suçlar bakımından *diversiona* başvurma eğiliminin arttığı görülmektedir⁸⁷. Bugün Almanya’da işlenen bütün

84 SEILER, *Strafrecht, AT II*, Wien 1999, 75; Esasen Amerika Birleşik Devletleri kaynaklı bir kurumu ifade eden *diversion* kavramının her ülkede aynı manada kullanılmadığına dikkat çekmek gerekir, bkz. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in: *Perspektiven der Diversion in Österreich*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 70, Wien 1995, 123. Bu kavram “*Das Fremdwörterbuch*”, Duden, Mannheim 1990’da latince menşeli olarak gösterilmekte ve almanca karşılığı “sapma”, “yolundan çevirme”, “istikametini değiştirme” olarak gösterilmektedir. Bu kavramın ceza hukukundaki lafzi karşılığı ise “döndürme”, “başka yöne çevirme”, “başka yere sevk etme” (=Umlenkung) olup, normal yoldan ayrılma, yani normal muhakeme ve yaptırım sisteminden ayrılma olarak anlaşılmaktadır. Türk Hukuku’nda da *diversiona* karşılık gelmek üzere şu kavramların kullanıldığı dikkat çekmektedir: “Ceza Yargılaması Yolundan Çıkarma” (KUNTER-YENİSEY, (dn. 24), 11), uzlaşma (ARTUK, *Çocuk Ceza Hukukunun Dünü ve Bugünü*, Kocaeli Barosu Dergisi, Temmuz 1993, 33), saptırma (ÖZBEK, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Ankara 1999, 121), seçenek eğitim (ATTAR, *Suçlu Çocukları Yeniden Eğitim Kurumlarının Yönetimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 47), yöneltme (ULUĞTEKİN, *Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal Hizmet Kuruluşları*, Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Facultatis Decima Anniversaria, İstanbul 1993, 315) ve yönlendirme (YOKUŞ SEVÜK, *Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım*, İstanbul 1998, 120). Biz Latince olması ve hemen bütün hukuk düzenlerinde bu şekliyle yerleşmesi itibarıyla bizzat “*diversion*” kavramını kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz. *Diversión* terimine yönelik eleştiriler için bkz. KUNTER-YENİSEY, (dn. 24), 11.

85 SCHROLL, *Konfliktregelung bei Erwachsenen*, JBl 1992, 93.

86 MOOS, (dn. 70), 337, dn. 1.

87 SCHROLL, *Diversion in Österreich-Praxis und Ausblick*, in: *Entwicklungslinien im Straf- und Strafprozessrecht*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 82, Wien 1996, 288.

suçların %46 sında *diversion* uygulaması yapılmaktadır⁸⁸.

1. Tanım

Diversion kavramının tanımı hususunda bir birlik olmadığını ifade etmek gerekir. Bununla beraber, çok genel bir ifadeyle, adli organların suça reaksiyon hususundaki rolünü azaltma yönündeki bütün çabalar *diversion* kavramı altında toplanabilir⁸⁹.

Klasik ceza hukukuna yabancı bir kavram olarak *diversion*, ceza muhakemesinin, cezanın önleme amacı da göz önünde tutularak, şüpheli kimse şekli bir yaptırıma tâbi tutulmadan sona erdirilmesidir⁹⁰. *Diversion* ile kast edilen husus, az tehlikeli failerin hafif suçlarının (istisnaen orta ağırlıktaki suçların) resmi ceza muhakemesi kapsamından çıkarılarak, ceza adaleti dışında gayri resmi şekilde halledilmesidir. Burada ya resmi bir ceza kovuşturmasından vazgeçilmekte veya bu tip bir kovuşturma iddianame ve son soruşturma olmaksızın, kusur hükmü verilmeksizin ve resmi bir müeyyideye hükmedilmeksizin sona erdirilmektedir. *Diversion*daki tipik husus şüphelinin gönüllü katılımı ve masumluk karinesinin sürdürülmesidir. Şüpheli ilk defa devlet organları tarafından muhatap alınmaktadır. *Diversion*'un bunun dışında bir de mağdur ilişkili bir yönü vardır⁹¹. Bir çok ülkedeki mağdurun korunmasına ve zararlarının karşılanmasına ilişkin hükümlerden (Täter-Opfer Ausgleich / Wiedergutmachung) farklı olarak Avusturya uygulamasında mağdurun büyük organizasyon veya kurum olduğu veya mağdurun belli olmadığı veya bulunmadığı (adli organlara karşı suçlar, ruhsatsız silah taşıma suçları gibi) hallerde de *diversion* uygulanmakta ve bu suretle basit bir maddi zararların karşılanmasından öte bir uygulama söz konusu olmaktadır⁹². Mağdur

⁸⁸ SCHROLL, (dn. 75), 49.

⁸⁹ LÖSCHING-GSPANDL, (dn. 75), 769.

⁹⁰ SCHROLL, *Diversion als Ausdruck eines Paradigmenwechsels der Strafrechtsdogmatik*, in: Festschrift für Reinhard Moos, Wien 1997, 259.

⁹¹ BURGSTALLER, (dn. 84), 126; MALECZKY, *Strafrecht, AT II, 7. B.*, Wien 1999, 12; BURGSTALLER, (dn. 4), 23; MOOS (dn. 10), 658; BURGSTALLER, *Grundlagen der Diversion*, in: *Entwicklungslinien im Straf- und Strafprozessrecht*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 82, Wien 1996, 239; KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 280.

⁹² JESIONEK, (dn. 73), 162.

normal uygulamalara nazaran oldukça kârlı çıkmakta, çıkarları göz önünde bulundurulmaktadır. Mağdura söz hakkı tanınmakta ve ciddiye alınmaktadır. Burada *Arzt*'in deyimiyile "mağdurun yeniden keşfi" nden bahsedilebilir⁹³.

Hemen belirtelim ki, *diversion* uygulaması orantılılık ilkesine de uygundur. Ceza yerine başka tedbirlerin uygulanmasının yeterli olacağı hallerde, cezadan vazgeçmek **ultima-ratio** düşüncesinin gerekliliğidir⁹⁴: Bir ceza yaptırımının ancak gerekli olduğu hallerde uygulanması. Burada **ceza ekonomisi** prensibi de kuvvetlenmiş olmaktadır, zira ceza veya emniyet tedbirinin ancak *diversionel* tedbirlerin yeterli olmadığı hallerde söz konusu olması gerektiği açıklanmış bulunmaktadır⁹⁵.

Diversiona uygun tipik suç olarak **taksirli suçlar** gösterilebilir. Bu tip suçlarda fiilin mağdur üzerindeki etkisinin hafif olduğu düşünüldüğünde, bunların cezasız kalması düşünülebilir. Bununla beraber bu tip suçlarda korunan hukuki yararın temel önemi karşısında bu suçların cezasız bırakılmayacağı fikri karşısında, *diversion* uygulaması bir çözüm sunabilir⁹⁶. Bu suretle ceza hukukunun bu tip fiiller karşısında da reaksiyon gösterdiği ve failin fiilinin sorumluluğundan kaçamayacağı da gösterilmiş olur⁹⁷.

Şüpheliye bir **seçim** olanağı tanınmıştır: Ya savcılığın *diversion* teklifini kabul etme, ya da reddederek normal muhakemede yargılanma. Dolayısıyla şüpheli serbest kararıyla muhakemenin yönünü belirlemiş olmaktadır: Savcı ya da mahkeme⁹⁸.

*Diversio*n'da mahkeme atlanmakta, savcıya yetkiler verilmektedir.

93 ARZT, *Amerikanisierung der Gerechtigkeit: Die Rolle des Strafrechts*, in: Festschrift für Otto Triffterer, Wien, New York 1996, 548.

94 KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 280.

95 HINTERHOFER, *Diversio*n statt Strafe: Untersuchungen zur Strafprozessnovelle 1999, Wien 2000, 10, 11.

96 Krş. HAKERİ, *Türk Ceza Kanunu 97 Tasarısı'nda Hayata Karşı Suçlar*, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, 318, 319.

97 SCHROLL, (dn. 75), 45, 46.

98 WEGSCHEIDER/PLÖCKINGER, *Diversio*n – das neue Hauptstück Ixa der StPO, JAP 1999/2000, 56.

Ancak bu **yetki değişiminde** dikkat edilmesi gereken husus, savcının muhakemedeki yetki paylaşımı dolayısıyla şüpheli hakkında daha da yumuşak olsa bir yaptırım kararı verememesidir. Bu nedenle direkt olarak yargıç yerine geçmesi olanaklı değildir. Bunu sağlamak için reaksiyon sisteminin değiştirilerek, şüpheliye bir takım yükümlülükler yüklenmesi ve fakat hukuksal olarak da baskı altına alınmaması gerekir. Bu yeni sistem basit suçlarda iki yönden yenilik getirmektedir: İlkin savcının dava açma zorunluluğundan kurtarılması ve ikinci olarak da ceza yerine devlet dışı, sosyal yardıma yönelik bir tedbirin uygulanması⁹⁹. Savcıya bu yetkinin verilmesi suça yönelik *diversionel* tepkinin süratli olması imkânını sağlamaktadır. Keza hakimlerin yükünün de azaltılması diğer bir kazançtır¹⁰⁰.

Diversiönun Avusturya Ceza Kanunu'nun 42. maddesinden farkı, fiilin suç olarak kalmasıdır. Sadece failin şahsında bir cezasızlık söz konusu olmaktadır¹⁰¹. Bu itibarla *diversion* **suç olmaktan çıkarma** demek değildir. Fiil cezalandırılabilir fiil olarak kalmakta ancak müeyyide uygulanmamaktadır. Ceza kovuşturmasından önce başlatılan bir muhakeme söz konusu olmakta ve bu muhakemede şüpheli fiilden dolayı sorumluluğu üstlenmeye hazır olduğunu ispatlamaktadır¹⁰².

Diversiönun amacı suça dozunda ama somut fiil ve fail ile alakalıliğı daha kuvvetli bir reaksiyonla tepki göstererek yeni suçların işlenmesini önlemektir¹⁰³. Dolayısıyla *diversion* konseptinin öncelikli amacı ceza hukuku yaptırımlarının **özel önleme** etkisinin iyileştirilmesidir¹⁰⁴. Bu alternatif metot ile suçlara daha uygun bir reaksiyon gösterilmiş olacağı düşünölmektedir. Mağdurun yararlarının daha yoğun bir biçimde göz önünde bulundurulması da, **genel önleme** amacına hizmet eder niteliktedir¹⁰⁵.

99 MOOS, (dn. 10), 657.

100 SCHROLL, (dn. 75), 53.

101 MOSS, (dn. 10), 658, 659.

102 MALECZKY, (dn. 91), 12; BURGSTALLER, (dn. 84), 130.

103 SCHROLL, (dn. 75), 46.

104 HINTERHOFER, (dn. 95), 5.

105 BURGSTALLER, *Aktuelle Wandlungen im Grundverständnis des Strafrechts*, JBl 1996, 362.

*Diversiion*da ilk defa suç işleyen fail sabıkasız kalmakta ve bu nedenle de toplum tarafından damgalanması söz konusu olmamaktadır¹⁰⁶. Ancak sabıkalılar bakımından da kural olarak *diversiion* mümkündür. *Diversiion*'un ayrıca bir hukuki dezavantaja yol açması söz konusu değildir. Bununla beraber şüpheli 5 yıl boyunca savcının takip edilenler defterine kayıtlı kalmaktadır (Avus. CMUK m. 90m), öyle ki sonraki suçlarda önceki *diversiion*lar önleme düşüncesi çerçevesinde göz önünde tutulabilsin¹⁰⁷.

Diversiion en erken bir suçun ceza kovuşturması organları tarafından öğrenilmesi ile söz konusu olmaktadır. Bundan önceki aşamada söz konusu olabilecek saf özel nitelikli çatışma düzenlemesi *diversiion* kapsamında mütalaa edilmemektedir¹⁰⁸.

İki türlü *diversiion* uygulaması söz konusu olabilir. Basit *diversiion* ve tedbirli *diversiion*¹⁰⁹. **Basit *diversiion***'da ceza muhakemesi veya kovuşturması herhangi bir tedbir uygulaması söz konusu olmadan sona erdirilmekte, **tedbirli *diversiion*** da ise kovuşturma veya muhakemenin sona erdirilmesi bazı reaksiyonlara, edimlere, aracılığa bağlı kılınmaktadır¹¹⁰. Basit *diversiion* daha çok şüphelinin kusurunun çok az olduğu ve kovuşturma veya muhakemenin sona erdirilmesinin genel

¹⁰⁶ SCHROLL, (dn. 90), 259.

¹⁰⁷ MALECZKY, (dn. 91), 12; Hemen belirtelim ki, kesin bir mahkeme hükmü ile mahkumiyet söz konusu olmaksızın bir kayda tâbi tutulmak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/II. maddesine aykırılık taşımaktadır. Gerçekten de söz konusu maddede düzenlenmiş bulunan masumluk karinesi gereğince, ancak bir mahkeme tarafından verilen ve kesinleşen bir mahkumiyet hükmünden sonra, bu hükme bağlı sonuçlar uygulanabilir. Buna karşılık böyle bir hüküm olmaksızın uygulanan *diversiion*dan sonra, bu kaydın bilâhare sanık aleyhine bir takım sonuçlar doğurması bu prensibi zedeler niteliktedir, krş. SCHROLL, (dn. 75), 55 vd.

¹⁰⁸ SCHÖCH, *Diversiion im deutschen Strafrecht*, in: *Perspektiven der Diversiion in Österreich*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 70, Wien 1995, 103; BURGSTALLER, (dn. 84), 127.

¹⁰⁹ KUNTER-YENİSEY, (dn. 24), basit *diversiion* için "ceza yargılaması yolundan basit çıkarma", tedbirli *diversiion* için "ceza yargılaması yolundan katılmalı çıkarma" kavramlarını kullanmaktadır, 11, dn. 19.

¹¹⁰ BURGSTALLER, (dn. 91), 240; SCHROLL, (dn. 87), 280, 281; BURGSTALLER, (dn. 84), 134.

ve özel önleme amaçları karşısında herhangi bir sakıncasının olmadığı hallerde uygulanırken, tedbirli *diversion* daha çok hafif suçların dışında uygulanmakta olup, bunlar bakımından da ya bu suçları ilk defa işleyen kimseler açısından ya da özel önleme amacı dolayısıyla basit *diversion* uygulamasının uygun görülmediği kimseler bakımından söz konusu olabilmektedir¹¹¹.

Son yıllarda ceza hukukundaki gelişmelere egemen olan hususlardan biri olan “adli organların iş yükünün azaltılması” amacının *diversion*-da mutlak olarak bulunmadığına özellikle işaret etmek gerekir. Aksine bu kurum **adli organların yükünü artırmaktadır**. Basit, herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kovuşturmadan vazgeçme uygulaması adli organların yükünü azaltacak ise de, burada bu söz konusu değildir. Bununla beraber yukarıda da ifade ettiğimiz gibi savcılara tanınan yetki dolayısıyla mahkemelerin yükünün nispeten azaldığı açıktır.

Diversion ile ilgili olarak ortaya çıkan bazı **sorunlar** şunlardır: *Diversion* ceza hukuku kapsamında mıdır? Şüpheli ve mağdurun tamamen gönüllü olarak ve dış baskılardan uzak bir şekilde anlaşmaları nasıl sağlanacaktır? Mağdurun belli olmadığı veya bulunmadığı suçlarda uygulama nasıl olacaktır? *Diversion*un fiilin özel hukuk sonuçları üzerindeki etkisi ne olacaktır?¹¹² Mahkeme dışı uzlaşma kurumunun mucidi olan *Jesionek* bu soruları şöyle yanıtlamaktadır: *Diversion* elbette ceza hukuku kapsamındadır. Burada da bir yaptırım söz konusu olmaktadır. Ceza hukuku kavramı ile yakından ilgili olarak ele alınması gereken devletin ceza verme tekeli konusunda da *diversion* kurumu bakımından bu tekele aykırılık söz konusu değildir, zira *diversion* tedbirleri de devlet tarafından öngörülmekte ve hukuk devleti ilkeleri içinde düzenlenmektedir. Mağdur ve şüphelinin tam bir gönüllülük esasına göre *diversion* yönünde karar vermelerini de uygulama gözetmek ve takip etmek durumundadır. Mağdurun bulunmadığı suçlar ise *diversion*un en başarılı uygulandığı suç tiplerini oluşturmaktadır¹¹³. Şüphelinin mağdurun zararını karşıladığı durumlarda ayrıca özel hukuka dayanarak tazminat isteminin mümkün olmayacağını da belirtmek gerekir.

111 SCHROLL, (dn. 75), 47, 48.

112 JESIONEK, (dn. 69), 171.

113 JESIONEK, (dn. 69), 172 vd.

*Diversi*onun muhtemel **sakıncaları** olarak ise ceza muhakemesi hukukundaki mecburilik prensibi ile masumluk karinesi karşısındaki problemler, hakimin geri plana atılması¹¹⁴ ve şüphelilere eşit muamele yapılmaması hususları söz konusu olabilir¹¹⁵. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre herkesin mahkeme önüne çıkma hakkı vardır. Burada ise mahkeme önüne çıkmadan şüpheli hakkında karar verilmektedir. Keza aynı maddenin 2. fıkrasına göre de aksi ispatlanıncaya kadar herkes suçsuz kabul edilirken, bir mahkeme kararı olmamasına rağmen şüpheli kusurlu kabul edilerek hakkında bir tedbir uygulanmaktadır. Gerçekten de burada, görünüşte masumluk karinesi geçerliliğini koruyor gözükse de –zira şüphelinin *diversi*onu kabul etmesi suçluluğunun itirafı olarak kabul edilemez¹¹⁶–, aslında *diversi*on tedbirleri uygulanmak suretiyle şüphelinin normal bir yargılamada suçlu bulunarak cezalandırılacağı varsayımından hareket edilmektedir. Mahkeme önüne çıkmadan olayın kapatılması halinde İHAS karşısında sorun ortaya çıkmaz. Ancak savcının bir takım tedbirlere karar vermesi halinde İHAS'ne aykırılık düşünülebilir. Bununla beraber burada şüpheli hakkında yeterli şüphe bulunması halinde bu prosedürün uygulanabilmesi, şüphelinin bu tedbirin uygulanması hususunda rıza göstermesi ve bu rızayı da aksi takdirde normal prosedürün kendisi hakkında uygulanmasının kendi lehine olmadığını düşünerek vermesi dolayısıyla İHAS'ne aykırılık görülmemektedir. Aksine şüpheliye bir olanak tanınmış olmaktadır. Özellikle *diversi*on uygulaması sayesinde muhtemel bir mahkumiyetin olumsuz sonuçlarının önüne geçilmesi de, *diversi*onun lehine olarak ileri sürülen argümanlardan biridir. Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir çok kararında hakim niteliğinde olmayan organların basit suçlarda mecburi para cezası uygulamasını 6. maddeye aykırı görmemiştir¹¹⁷. Keza şüphelinin *diversi*on uygulaması yönündeki kabulünü her

114 *Diversi*on bakımından prensipte savcının yetkili kılınmasının nedeni, resmi ceza muhakemesinden mümkün olan en erken aşamada ayrılmayı olanaklı kılmaktır, REDEN, (dn. 9), 262; Ayrıca esas itibarıyla kovuşturmanın yapıp yapılmamasına ilişkin takdire yönelik olduğundan savcılığın yetkili olması doğaldır, SCHROLL, (dn. 87), 295.

115 Ayrıntılar için bkz. BURGSTALLER, (dn. 84), 146 vd.; BURGSTALLER, (dn. 91), 244 vd.; JESIONEK, (dn. 73), 174 vd.; LÖSCHING-GSPANDL, (dn. 75), 770.

116 MIKLAU, (dn. 81), 35.

117 SCHROLL, (dn. 87), 296 vd.; KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 286; JESIO-

an geri alabilerek alışıldık muhakemeyi talep edebilmesi de bu maddeye aykırılığı önlemektedir¹¹⁸.

Diversión ile ilgili olarak yöneltlen bir **eleştiri** de, genç suçluların suçsuzluklarından kesin emin olsalar bile, mahkeme önüne çıkmaktansa bu yolu tercih edecekleridir¹¹⁹. Buna karşılık şüphelinin her aşamada *diversion* uygulamasından vazgeçerek hakkında muhakeme yapılmasını istemesine imkân tanındığını belirtmek gerekir¹²⁰. Ayrıca Avusturya Hukuku bakımından genç suçluların çoğunlukla uyarı ile cezalandırıldıkları veya şartlı olarak mahkum oldukları, buna karşılık *diversion*da bir muhakemeye nazaran kendi fiili ile daha yoğun olarak karşı karşıya bırakıldığı ve ayrıca somut bir takım edimleri yerine getirmek durumunda olduğu, buna rağmen *diversion* kararı verilmesine saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²¹.

Diversión ile ilgili olarak unutulmaması gereken husus, *diversion* uygulamasında dahi ceza hukukundan vazgeçilmediğidir. *Diversión* ile birlikte **ceza hukuku ortadan kaldırılmış olmamakta**, sadece arka plana itilmiş bulunmaktadır. *Diversión* teşebbüsünün başarısızlığı halinde her zaman için genel ceza hukuku kurallarının uygulanacağı unutulmamalıdır¹²². Ceza hukukunun fonksiyonuna herhangi bir hâl gelmemesi için, *diversionel* tedbirlerin ancak ceza hukukunun önleme amaçlarını yerine getirebildiği ölçüde uygulanmasına dikkat edilmelidir¹²³.

NEK, (dn. 73), 175, 176; Bkz. DÖNMEZER, *Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 258, 259.

118 JESIONEK, (dn. 69), 51.

119 WEGSCHEIDER/PLÖCKINGER, (dn. 98), 57.

120 SCHROLL, (dn. 75), 56.

121 JESIONEK, (dn. 73), 177.

122 MOOS, (dn. 70), 353.

123 BURGSTALLER, *Über die Bedeutung der neuen Diversionsregelungen für das österreichische Strafrecht*, in: *Diversión: Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Miklau/Roland (Hrsg), Wien 1999, 12, 13.

2. Tarihsel Gelişimi

Diversión kurumu 60'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmıştır¹²⁴. 80'li yıllarda ilkin Almanya'da tartışılan bu kavramın, bilâhare Avusturya Hukuku üzerinde de etkileri olmuştur. Burada ilkin yukarıda açıklamış bulunduğumuz 1975 Ceza Kanunu'nun 42. maddesi ile *diversionel* unsurlar içeren bir düzenleme yapılmıştır.

Geleneksel müeyyidelerin olumsuz yan etkileri olduğu tanısından beri, suçluların anti sosyalizasyonlarını engelleme bakımından son yıllarda *diversionel* tedbirlere başvurma eğiliminin güçlendiği gözlenmektedir. Örneğin Avusturya'da 70 li yıllarda uyuşturucu maddeler ceza hukukunda *diversionel* tedbirlerin uygulandığı gözlenmektedir (ceza yerine terapi). Gençlik ceza hukukunda da 80 li yılların ortasından beri¹²⁵, özellikle Gençlik Mahkemeleri Kanununun 1988 yılında yürürlüğe girmesinden beri *diversion* uygulanmaktadır. Yetişkinler bakımından ise 1992 yılından beri çatışmada arabuluculuk (mahkeme dışı uzlaşma) bir model olarak başarıyla uygulanmaktadır¹²⁶. Keza yaptırımlarda yapılacak esaslı bir değişikliğin olanaklı olduğu anlaşılmıştır. Nitekim gerek Amerika Birleşik Devletleri'nde ve gerekse Avrupa'da tekerrür ile ilgili olarak yapılan araştırmalarda, uygulanan cezanın ağır veya hafif olmasının tekrar suç işlemeye herhangi

¹²⁴ BURGSTALLER, (dn. 84), 125; KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 281; "Bu kapsamda Amerika Birleşik Devletlerinde çeşitli uygulamalar yapılmaktadır. Fail ve mağdurun görüşmelerinin zararın giderimi sisteminin başarısını artırmakta olduğu düşüncesinden hareketle, fail ve mağdurun kontrol altındaki bir ortamda yüz yüze görüşmeleri sağlanmaktadır. Bu şekilde mağdur suçun kendisini nasıl etkilediğini faile anlatabilecektir. ABD Adalet Bakanlığı, 1977-1979 yıllarına ilişkin olarak 1700 genç suçlunun dosyasını incelemiş ve mağdur ve failin görüştüğü olaylarda zararın giderilmesine daha sık tekerrüre ise daha az rastlandığını belirlemiştir", SOKULLU-AKINCI, *Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, 334; WEGSCHEIDER/PLÖCKINGER ise bu kurumun ilk teorik çalışmalarının *Franz von Liszt* tarafından 1882 tarihli Marburg Programında yapıldığını ileri sürmektedir, (dn. 98), 59.

¹²⁵ Keza 1961 tarihli Gençlik Mahkemeleri Kanunu'nun 12/I maddesi de savcıya gençlerin önemsiz suçlarında kovuşturma yapmama olanağını tanımıştı. Ayrıntılı bilgi için bkz. BURGSTALLER, (dn. 4), 24.

¹²⁶ MALECZKY, (dn. 91), 12, 13.

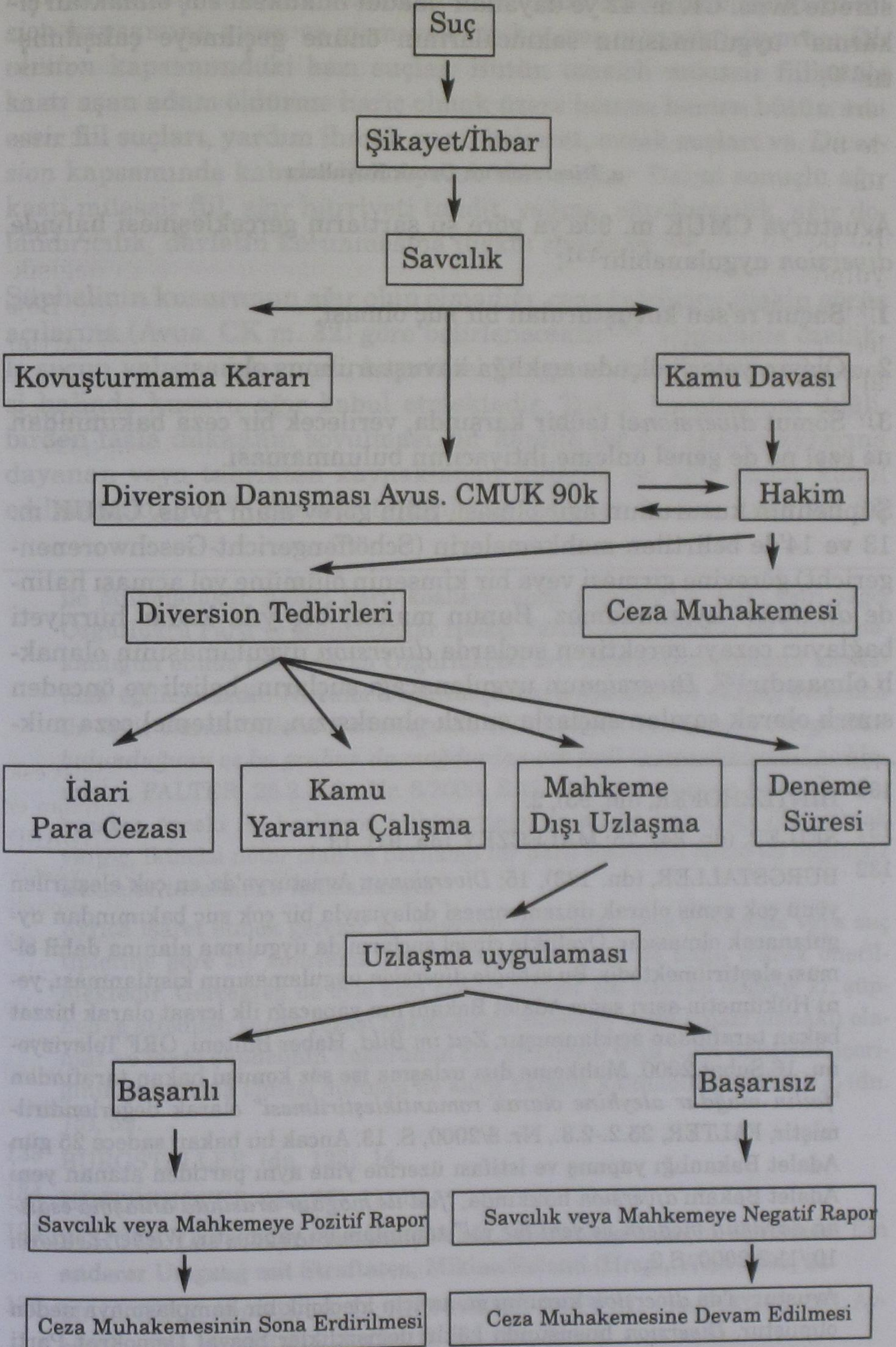
bir etkisinin olmadığı belirlenmiştir. Avusturya'da da mahkemelerin hükmetmiş oldukları cezalar bakımından yapılan bir araştırmada, doğu Avusturya'daki mahkemelerin daha yüksek cezalara hükmederken, batı mahkemelerinin aynı suçlarda daha hafif cezalar öngördükleri tespit edilmiş ve fakat bunun ne doğuda tekerrürü azalttığı ve ne de batıda özel önleme bakımından bir eksikliğe yol açtığı görülmüştür¹²⁷.

Bu pozitif tecrübelerin bir sonucu olarak Avusturya CMUK'da 1999 yılında yapılan ve 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe girecek olan değişiklikle *diversion* geniş ölçüde Avusturya CMUK'a yerleştirilmiştir. Böylece 1.1.2000 tarihinden itibaren Avusturya'da savcının belirli şartlar altında kovuşturmadan vazgeçme imkânı esaslı ölçüde genişletilmiştir¹²⁸. Bu değişikliğin Avusturya Ceza Hukuku'nda 1975 yılından beri yapılan en önemli değişiklik olduğunun altını çizmek gerekir¹²⁹.

127 SCHROLL, (dn. 75), 45.

128 SEILER, (dn. 84), 75.

129 BURGSTALLER, (dn. 123), 11; Nitekim bu değişiklik Avusturya Adalet eski Bakanı tarafından da ceza hukuku alanında 70'li yıllardan beri yapılan en önemli değişiklik olarak değerlendirilmiştir, bkz. DER STANDARD, 28.12.1999, S. 6. *Diversion* uygulamasının ilk üç ayına ilişkin bilgiler şöylece özetlenebilir: Mahkumiyet oranı %50 azalmıştır. *Diversion* teklifi şüpheli-ler tarafından genelde kabul görmektedir. *Diversion* tedbirlerinden en çok uygulananı para cezası, en az uygulaması görüleni ise kamu yararına çalışmadır. Ocak 2000'den Nisan 2000'e kadarki üç aylık dönemde Avusturya'da toplam 11178 *diversion* teklifi yapılmış ve bunlardan sadece %5'I başarısız olmuştur. Ancak henüz sonuçlanmamış olaylarla beraber bu oranın %10-15'I bulması tahmin edilmektedir. 11178 olayın 7036'sında idari para cezasına hükmedilmiş, 1969'unda deneme süresi, 1682'sinde ise mahkeme dışı uzlaşma uygulamasına karar verilmiştir. Yukarıda da işaret edildiği gibi kamu yararına çalışma sadece 105 olayda *diversion* tedbiri olarak gözlenmektedir. *Diversion* uygulamasına konu olan suçlara bakıldığında ise trafik kazalarından kaynaklanan taksirli müessir fiillerin *diversion* yoluyla halledilen suçların %36'sını oluşturduğu, %9,5 unun ise dükkan hırsızlığı suçunu teşkil ettiği anlaşılmaktadır, SALZBURGER NACHRICHTEN, 29 Nisan 2000, S.7.

3. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda *Diversiön*

Diversion uygulaması saf muhakeme hukuku düzenlemesi olup, bu suretle Avus. CK m. 42 ye dayanan “maddi hukuksal suç olmaktan çıkarma” uygulamasının sakıncalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır¹³⁰.

a. *Diversion*'un Ortak Koşulları

Avusturya CMUK m. 90a'ya göre şu şartların gerçekleşmesi halinde *diversion* uygulanabilir¹³¹:

1. Suçun re'sen kovuşturulan bir suç olması,
2. Olayın yeterli ölçüde açıklığa kavuşturulmuş olması,
3. Somut *diversionel* tedbir karşısında, verilecek bir ceza bakımından ne özel ne de genel önleme ihtiyacının bulunmaması.

Şüphelinin kusurunun ağır olması, fiilin görev alanı Avus. CMUK m. 13 ve 14'de belirtilen mahkemelerin (Schöffengericht-Geschworenen-gericht) görevine girmesi veya bir kimsenin ölümüne yol açması halinde *diversion* uygulanamaz. Bunun manası beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda *diversion* uygulamasının olanaklı olmasıdır¹³². *Diversionun* uygulanacağı suçların, belirli ve önceden sınırlı olarak sayılan suçlarla sınırlı olmaksızın, muhtemel ceza mik-

¹³⁰ HINTERHOFER, (dn. 95), 2.

¹³¹ SEILER, (dn. 84), 75; MALECZKY, (dn. 91), 13.

¹³² BURGSTALLER, (dn. 123), 15; *Diversionun* Avusturya'da en çok eleştirilen yönü çok geniş olarak düzenlenmesi dolayısıyla bir çok suç bakımından uygulanacak olmasıdır. Özellikle cinsel suçların da uygulama alanına dahil olması eleştirilmektedir. Bu sebeple *diversion* uygulamasının kısıtlanması, yeni Hükümetin aşırı sağcı Adalet Bakanı'nın yapacağı ilk icraat olarak bizzat bakan tarafından açıklanmıştır, *Zeit im Bild*, Haber Bülteni, ORF Televizyonu, 16.Şubat.2000. Mahkeme dışı uzlaşma ise söz konusu bakan tarafından “failin mağdur aleyhine olarak romantikleştirilmesi” olarak değerlendirilmiştir, FALTER, 25.2.-2.3., Nr. 8/2000, S. 13. Ancak bu bakan sadece 25 gün Adalet Bakanlığı yapmış ve istifası üzerine yine aynı partiden atanan yeni Adalet Bakanı *diversion* hakkında, “fail ile mağdur arasında anlaşma esasına dayanan modern ve yeni bir yol” tanımlaması yapmıştır, *Wiener Zeitung*, 10./11.3.2000, S.2.

Avusturya'da *diversion* kurumu şu an için ideolojik bir kamplaşmaya neden olmuştur. *Diversion* hususunda köklü değişiklikler Sosyal Demokrat Parti

tarına göre belirlenmesi, eşitlik prensibi bakımından herhangi bir sorun çıkmaması amacına yöneliktir¹³³. Burada örnek kabilinden *diversion* kapsamına giren ve girmeyen bir kaç suç saymak istiyoruz: *Diversion* kapsamındaki bazı suçlar: Bütün taksirli müessir fiiller ile kastı aşan adam öldürme hariç olmak üzere hemen hemen bütün müessir fiil suçları, yardım ihmâli suçu, hakaret, evrak suçları vs. *Diversion* kapsamında kabul edilemeyecek olan suçlar: Daimi sonuçlu ağır kasti müessir fiil, ağır hürriyeti tahdit, yağma, ağır hırsızlık, ağır dolandırıcılık, devletin korunmasına ilişkin suçlar vs.¹³⁴.

Şüphelinin kusurunun ağır olup olmadığı, ceza takdirine ilişkin görüş açılmasına (Avus. CK m. 32) göre belirlenecektir¹³⁵. Uygulama özelliikle suçun vahşice işlenmesi, hayati tehlikeye sokacak şekilde işlenmesi halinde kusuru ağır kabul etmektedir. Trafik kurallarının ihlâli, birden fazla dükkanın soyulması, bir kerelik bir suç işleme kararına dayanan veya tahrikten kaynaklanan fiillerde ise ağır kusur kabul edilmemektedir¹³⁶. Burada tartışılması gereken husus, kusurun fiil

ile Muhafazakâr Halkçı Parti koalisyonunda yapılmış, şu anki aşırı sağcı Özgürlükçü Parti ve Muhafazakâr Halkçı Parti koalisyonunda ise adalet bakanlığını elinde bulunduran Özgürlükçü Parti *diversion* kurumunu kısıtlamak eğilimindedir. Nitekim Özgürlükçü Parti sözcüsü bir yargıç, *diversion* ile ilgili olarak "Adalet Bakanlığında sol ideolojiyi benimseyen bir grubun bulunduğu ve bu grubun da mağdurdan çok faili önemsediklerini" açıklamıştır, FALTER, 25.2.-2.3., Nr. 8/2000, S.13. Bu arada hemen belirtelim ki, bundan önceki iki koalisyon hükümetinde de adalet bakanlığı ilki yüksek yargıç, ikincisi noter olan ve herhangi bir parti mensubu olmayan bağımsız kimseler tarafından üstlenilmiştir.

Ayrıca işaret etmek gerekir ki, *diversion* açısından ceza tehdidine veya suç tiplerine göre bir sınırlama yapılmaması gerektiği de haklı olarak önerilmektedir. Gerçekten de öyle bazı somut olaylar söz konusu olabilir ki, şüpheliye atfedilen suçun cezası bakımından *diversion* uygulaması olanaklı olamaz ve fakat şüphelinin kusurunun çok az olması veya fiilin haksızlık içeriğinin çok düşük olması durumu ile karşı karşıya kalınabilir, SCHROLL (dn. 75), 59.

133 BURGSTALLER, (dn. 123), 14.

134 HINTERHOFER, (dn. 95), 13, 14.

135 SCHÜTZ, *Das schwere Verschulden als Diversionsgrenze*, in: *Diversion: Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Miklau/Roland (Hrsg), Wien 1999, 21.

136 MALECZKY, (dn. 91), 13, 14; KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 282, 283; Ayrıntılar için bkz. HINTERHOFER, (dn. 95), 16 vd.

sirasındaki ağırlığının mı esas alınacağıdır. Sözelimi kusur sonradan azalmışsa, mesela fail zararı tazmin etmişse baştaki kusurun ağır olması yine de esas alınacak mıdır? Kanaatimizce bu hususta bir problem çıkmaması gerekir, zira bu noktada esas alınması gereken an fiilin bittiği andır. Sonradan kusura etki edebilecek olan hususların göz önünde tutulması düşünülemez.

Diversión ancak kamu davası açılmasına yetecek kadar şüphenin bulunduğu hallerde uygulanabilir. Yeterli delil yoksa ve dolayısıyla zaten kamu davası açılmıyorsa *diversión* uygulamasına da gidilemez. Savcı, şüpheli hakkında dava açılabilir ve bu takdirde de mahkûm olur diye düşünüyorsa bu yola gider. Dolayısıyla taraflar uzlaşmayı kabul etmez de dava açılırsa mahkûmiyet olasılığının yüksek olması gerekir. Savcılığın *diversión* uygulamasına girip de, sonuçta tarafların uzlaşmamaları üzerine de yeterli delil olmadığından dava açamaması durumu kabul edilemez.

Önleme ihtiyaçları (präventionbedürfnisse) ise iki açıdan göz önünde tutulmalıdır: Bir kez, fail o ana kadar ki hazırlık soruşturması (mesela poliste) veya diğer nedenlerden dolayı bir daha böyle bir suç işlemek hususunda yeteri kadar ders almış olmalıdır (özel önleme). İkinci olarak da failin cezalandırılmaması diğer kimselerin suç işleme kararında güçlendirilmesine veya suç işlememe kararında zayıflatılmasına yol açmamalıdır (genel önleme)¹³⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, *diversióna* yöneltilebilecek en esashı eleştiri genel önleme amacı yönünden olabilir. Ancak ifade edelim ki *diversiónun* akıllıca bir yöntem olduğu hususu kamuoyunun bilincine yerleştirilebildiği takdirde, genel önleme amacına aykırılık söz konusu olmaz. Ayrıca ifade edelim ki, *diversión* suç olmaktan çıkarma olmadığı gibi, bazı suçları önemsizleştirme veya basitleştirme de değildir.

Çocuk suçluluğu bakımından ise GMK m. 7/I e göre yetişkinlere nazaran şu farklılar söz konusudur:

1. Mahkeme bütün çocuk suçlarında *diversióna* karar verebilir,
2. Savcılık ise ancak hürriyeti bağlayıcı cezanın 5 yılı aşmaması ve fiilin bir kimsenin ölümüne yol açmamış olması halinde *diversióna* karar verebilir,

¹³⁷ MALECZKY, (dn. 91), 14.

3. Genel önleme amacından kaynaklanan ihtiyaçlar, *diversionu* ancak bu ihtiyaçların göz önünde tutulmasının özel nedenlerden dolayı vazgeçilemez olması halinde önler.

Bütün *diversion* tedbirleri açısından müşterek olan prensip, failin gönüllü olarak bu tedbirleri istemesidir¹³⁸.

b. Genel Ceza Hukuku'nun *Diversional* Tedbirleri

Diversional tedbir olarak söz konusu olabilecek hususlar şunlardır:

- * İdari para cezası ödenmesi (Avus. CMUK m. 90c)
- * Kamu yararına çalışma (=Leistung) (Avus. CMUK m. 90d)
- * Deneme süresi (Avus. CMUK m. 90f),
- * Mahkeme dışı fiil denkliği (Tatausgleich)(Avus. CMUK m. 90g),
- * Zararların karşılanması veya fiilin sonuçlarının denkleştirilmesi.

Burada önemle altını çizelim ki, zararın karşılanması dışında diğer tedbirler birbirleriyle aynı anda uygulanamazlar¹³⁹.

Bu tedbirler arasında bir ağırlık derecelendirmesi yasa koyucu tarafından yapılmış değildir. Bu itibarla bunlar arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Dolayısıyla hangi suçlara hangi tedbirin uygulanacağı meselesi kural olarak uygulayan makamın takdirine bırakılmıştır. Ancak öğretilerde hafiften ağıra giden şöyle bir sıralamanın uygun olacağı savunulmaktadır: Sadece deneme süresi, idari para cezası, ek yükümlülüklü deneme süresi, mahkeme dışı uzlaşma ve kamu yararına çalışma¹⁴⁰.

Mahkeme dışı uzlaşma dışındaki tedbirler daha çok faile yönelik iken, mahkeme dışı uzlaşma aynı zamanda büyük ölçüde mağduru da ilgilendirmektedir¹⁴¹. Dolayısıyla karşılıklı uzlaşma temelli bir tedbir söz konusu olmaktadır.

¹³⁸ SEILER, (dn. 84), 75.

¹³⁹ MALECZKY, (dn. 91), 15.

¹⁴⁰ HINTERHOFER, (dn. 95), 44 vd.

¹⁴¹ HÖPFEL-KERT, *Gewalt in der Familie und Diversionenlösungen*, in: *Diversi- on: Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Miklau/Roland (Hrsg), Wien 1999, 136.

Bu tedbirleri uygulayacak makamların da orantılılık prensibi çerçevesinde, somut olayın tüm özelliklerini göz önünde bulundurarak bu tedbirlere karar vermesi gerekir. Bu bakımdan da mümkün olduğunca şüphelinin yaşamına en az müdahaleyi gerektiren tedbirin seçilmesine özen gösterilmelidir¹⁴².

aa. İdari Para Cezası (Geldbuße) Ödenmesi

Savcılık şüphelinin belli bir miktar parayı ödemesi halinde kovuşturmadan vazgeçebilir. Bunun için şüpheliye bir bildirim yapılır. Şüpheli ya bu teklifi kabul eder ya da reddederek hakkında muhakeme yapılmasını ister. Savcılık para cezası dışında zararın karşılanması da *diversionun* şartı olarak belirleyebilir¹⁴³. Para cezasının alt sınırı yoktur, ancak bir üst sınır getirilmiştir (Avus. CMUK m. 90c). Çocuk suçluluğunda şüphelinin para cezasını kendi cebinden ödeyeceği ve bunu ödemeyi de kendi gelişimini etkilemeden yapabileceğinin kabulü gerekmektedir (Genç. Mahk. Kanunu m. 7/II). Ödeme taksitlere bölünebileceği gibi, ödeme tarihinin ertelenmesi de mümkündür¹⁴⁴.

Şüphelinin idari para cezasını ödemesi ve zararları da karşılaması halinde savcı kovuşturmadan vazgeçer veya mahkeme muhakemeyi sona erdirir. Burada aslında geleneksel manada bir cezalandırmanın söz konusu olduğu söylenebilirse de, şüpheli resmen sabıkalı olarak gözükmemektedir. Bu uygulamanın mağdur açısından faydası da, zararlarının karşılanmasıdır¹⁴⁵.

Bu *diversion* tedbiri özellikle mağdurun bulunmadığı veya mağdurun bizzat ortaya çıkmadığı veya mağdurun zararının başka bir şekilde giderildiği hallerde uygulanabilir. Bu da uygulamada daha çok mağaza hırsızlığı ile trafik kazalarında meydana gelen taksirli müessir fiillerde uygulama alanı bulmaktadır. Mağaza hırsızlığında mağaza mağdur olarak kovuşturmayı takip etmemekte, trafik kazalarında da sigorta mağdur tarafın zararını karşılamaktadır¹⁴⁶.

142 EINFÜHRUNGSERLASS, (dn. 71), 157.

143 MALECZKY, (dn. 91), 15.

144 MALECZKY, (dn. 91), 16.

145 SEILER, (dn. 84), 76.

146 KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 283.

Bu tedbirin uygulanmasında dikkat edilmesi gereken husus, bu tedbire kolaylığı nedeniyle hemen de başvurulmaması gerekliliğidir. Gerçekten de hem şüphelinin hem de savcı veya hakimin bu tedbire uygulamada sıklıkla başvurma tehlikesi bulunmaktadır¹⁴⁷. Önemle belirtmek gerekir ki, bu tedbire başvurulması mağdurun uğramış oldukları zararları karşılama zorunluluğunu gözden kaçırmamalıdır. Ayrıca hemen de bu tedbire başvurmanın olayın açıklığa kavuşturmasını engelleyeceği de unutulmamalıdır. Bu tedbirin şüpheli açısından faydalarına gelince: İlk şüphelinin fiilini para karşılığı satın almış olması, suçsuz olsa bile müdafî masraflarından kurtulması, hakkındaki iddiaların yakınları ve çevresi tarafından öğrenilmemesi ve muhtemel bir sabıka kaydından kurtulma düşünülebilir. Ayrıca kusursuz da olsa, muhtemel bir mahkumiyet rizikosuna girmemeyi tercih söz konusu olabilir.¹⁴⁸

bb. Kamu Yararına Çalışma

Kamu yararına çalışmadan neyin anlaşılması gerektiği yasada açıklanmamıştır. Bu durumda bu kapsamda düşünülebilecek her şey olabilir. Örneğin kişinin yaraladığı kimsenin tedavisini üstlenme dahi olanaklıdır. Ancak kısas görüntüsü verecek tedbirlerden kaçınılmasına özen gösterilmelidir.

Şüpheliye anlaşmanın bildirilmesinden sonra en fazla 6 ay içinde gönüllü olarak boş zamanlarında uygun bir kurumda kamu yararına çalışma imkanının bulunduğu bildirilir. Buna ek olarak da zararın karşılanması veya fiil sonuçlarının denkleştirilmesi de *diversionun* şartı olarak belirlenebilir¹⁴⁹.

Kamu yararına çalışma çeşidi ve boyutu bakımından belirli olmalı ve günlük 8, haftalık 40 ve toplam da 240 saatten fazla sürmemelidir. Çalışma sırasında şüphelinin öğrenimini veya mesleki çalışmasını devam ettirebilmesine de dikkat edilmelidir. Çocuk suçluluğunda üst sı-

¹⁴⁷ Maalesef bu öngörü gerçekleşmiş ve yukarıda 129 no'lu dipnotta da belirttiğimiz gibi *diversion* uygulamasının ilk üç ayında toplam 11178 olayın 7036'sında idari para cezasına hükmedilmiştir.

¹⁴⁸ HINTERHOFER, (dn. 95), 47, 48.

¹⁴⁹ MALECZKY, (dn. 91), 16.

nır günlük 6, haftalık 20 ve toplam 120 saattir (GMK m. 7/III)¹⁵⁰.

Savcılık kamu yararına çalışmanın yapılabileceği kurumların listesini yapar¹⁵¹.

Şüphelinin kamu yararına çalışmaya hazır olduğunu bildirmesi halinde savcılık (yerine göre mahkeme) kovuşturmadan geçici olarak vazgeçer. Yasal koşulların yerine getirilmesi halinde ise kesin olarak vazgeçme kararı verilir¹⁵².

Kamu yararına çalışma, somut mağdur yararlarının mevcut olmaması halinde (mesela evrensel hukuki yararların ihlâli), mağdurun zararların karşılanması talep etmemesi halinde veya şüphelinin mali açıdan zararları karşılama olanağının olmaması halinde *diversiona* çok uygundur¹⁵³. Bu *diversion* çeşidi şüphelinin yaşam şeklini önemli ölçüde etkilediğinden hafif suçlarda değil de, orta ağırlıkta suçlarda ve mükerrir suçlarda uygulanmalıdır. Özellikle nası ızzar, çevre suçları, hayvanlara eziyet suçları, devlet güçlerine ve adliyeye yönelik suçlarda bu tedbir göz önünde bulundurulmalıdır¹⁵⁴.

cc. Deneme Süresi

Şüpheli bakımından en az yük getiren *diversion* şekli olan deneme süresinde, şüpheliye ceza muhakemesine 1 yıldan 2 yıla kadar bir süre için başlanmayacağı veya devam edilmeyeceği bildirilir. Ancak bu husus, şüphelinin belirli mükellefiyetleri yerine getirmeyi kabul etmesi şartına bağlı kılınabilir. Örneğin zararın karşılanması, belli bir kursa veya terapiye gidilmesi, alkol alınmaması, belirli yer veya kişilerden uzak kalma, belirli bir yerde ikamet gibi¹⁵⁵.

Deneme süresinin veya şüphelinin belirli mükellefiyetleri yerine getirmeyi kabul etmesinden sonra savcılık (veya yerine göre mahkeme)

150 MALECZKY, (dn. 91), 16.

151 MALECZKY, (dn. 91), 16.

152 MALECZKY, (dn. 91), 16.

153 MALECZKY, (dn. 91), 16.

154 SEILER, (dn. 84), 77; KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 284.

155 MALECZKY, (dn. 91), 17.

kovuşturmadan geçici olarak vazgeçer. Deneme süresinin dolması ve bütün mükellefiyetlerin yerine getirilmesinden sonra savcılık (veya yerine göre mahkeme) kesin olarak kovuşturmadan vazgeçer¹⁵⁶.

Deneme süresi şüpheliye bildirim ile başlar (Avus. CMUK m. 90j/II).

Belirli bir mükellefiyet yüklenmeksizin deneme süresi uygulaması *diversion* çerçevesinde uygulanan en yumuşak tepkidir. Ek mükellefiyetler öngörülmesi suretiyle bu tedbir hafif suçluluk dışındaki trafik suçluluğu bakımından uygulanabilecek uygun bir tedbir olarak gözükmektedir, zira burada mesela şüpheliye tekrar bir sürücü kursuna gitmesi mükellefiyeti getirilebilir. Bu tedbir ayrıca bir mahkeme dışı fiil uzlaşması ile tamamlamaya gereksinim olmayan sosyal yakın alandaki çatışmalarda da uygulanabilir¹⁵⁷.

dd. Mahkeme Dışı Uzlaşma

aaa. Genel Olarak

Sosyal yaşamda karşılaşılan sorunlar kural olarak normalde o problemin çözümü hususunda anlaşma suretiyle çözülür. Problemin çözümü konusunda bir uzlaşma sağlanamadığı takdirde, alternatif olarak mahkemeye gitmek düşünülebilir. Dolayısıyla tipik durumda normal bir vatandaş ancak bir sosyal ilişkiyi bozmak istediği zaman hakime gider, yoksa o ilişkiyi muhafaza etmek veya yeniden kurmak için değil. Nitekim mahkemelerde boşanılır, ama evlenilmez; iş sözleşmesi sona erdirilir, ama iş sözleşmesi imzalanmaz; kiracı evden çıkarılır, ama boş daireye kiracı bulunmaz, vs.¹⁵⁸. *Diversión* reformunun "amiral gemisi" olarak kabul edilen ve çoğu kez de ileri gelen konumu dolayısıyla bizzat *diversion* ile özdeşleştirilen¹⁵⁹ mahkeme dışı uzlaşma-

¹⁵⁶ MALECZKY, (dn. 91), 17.

¹⁵⁷ KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 284.

¹⁵⁸ BLANKENBURG, *Alternativen zum Gericht*, in: *Ausweg aus dem Strafrecht – der außergerichtliche Tatausgleich*: Überlegungen anlässlich eines "Modellversuchs" im österreichischen (Erwachsenen-) Strafrecht, Baden-Baden 1994, 15.

¹⁵⁹ HÖPFEL, *Wurzeln und Spezifika des Außergerichtlichen Tatausgleichs im österreichischen Strafrecht*, in: Mayr (Hrsg.), *Öffentliche Einrichtungen zur*

da da (Der auergerichtliche Tatausgleich=mahkeme dışı fiil denklemesi) yukarıdaki kurala uygun olarak savcı (istisnaen hakim) uzlamazlığı hakim önüne götürmeden çözmek hususunda çaba göstermektedir. Taraflar bir araya gelerek, meseleyi kendi aralarında uzlaarak çözmekte, bir arabulucu¹⁶⁰ da bu çözüme katkıda bulunmaktadır.

Mahkeme dışı uzlaşma tedbirli *diversion*un öncelikleri ile mağdur yararlarının korunması ve tatminini özel bir şekilde birbirine bağlayan bir *diversion* tedbiridir. Gerçekten de burada şekli bir muhakeme yapılmamakta ve fakat mağdurun zararlarının karşılanmasına da önem verilmektedir¹⁶¹. Mahkeme dışı uzlaşmada bir ceza muhakemesindeki klasik tarafların değiştiği, şüpheli rolünü muhafaza ederken, devletin yerine mağdurun geçtiği görülmektedir¹⁶².

Mahkeme dışı uzlaşmanın ana fikri cezalandırmanın tek amaç olmadığı, daha önemli olan hususun sosyal barışın yeniden temini, failin kusurunu kabullenmesi ve mağdurun da onu affetmesidir¹⁶³. Burada devletin güçlü olduğu alandan, sosyal alana geçiş yapılmaktadır. Mahkeme dışı uzlaşma mediasyon (=Mediation) alanına dahildir¹⁶⁴.

auergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten, Wien 1999, 134; Ceza muhakemesinde uzlaşma ve Avusturya Hukuku'ndaki "mahkeme dışı uzlaşma" ile farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, *Ceza Muhakemesinde Uzlaşma*, SÜHFD, Süleyman Arslan'a Armağan, C.V, Konya 1998, 221 vd.

160 KUNTER-YENİSEY, (dn. 24), mahkeme dışı uzlaşma için "arabuluculuk (mediation)" terimini kullanmakta ve burada taraflar arasında uzlaşma sağlanmasına yönelik bir çalışmanın bulunduğuna ve bu yönüyle de ceza yargılaması yolundan çıkarıma kapsamında olduğuna işaret etmektedir, 11, dn. 19

161 LÖSCHING-GSPANDL, *Der auergerichtliche Tatausgleich im allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten*, in: *Diversion: Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Miklau/Roland (Hrsg), Wien 1999, 85.

162 HÖPFEL, (dn. 159), 133.

163 KOLL, *Der auergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene*, *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, 23. Strafrechtliches Seminar 1995, Wien 1996, 171.

164 MOOS, (dn. 70), 351. Bugün Avrupa'nın bir çok üniversitesinde mediasyon konusunda seminerler verilmekte ve hatta yüksek lisans programları sunulmaktadır. Bu konuda İsviçre'deki Üniversitäre Institut Kurt Bösch'un 7 Av-

Mahkeme dışı uzlaşmada diğer *diversion* tedbirlerinden farklı olarak ek bir koşul konmuştur: Mağdurun muvafakati (Avus. CMUK m. 90g/2)¹⁶⁵. Gerçekten de mahkeme dışı uzlaşmada mağdur olayın merkezine oturtulmaktadır. Normal muhakemeden farklı olarak sadece bir tanık veya müdahil pozisyonundan daha ötede bir role sahip olmaktadır. Normalde ne poliste ne de mahkemede zararlarının karşılanması hususu kendine sorulmadığı halde, burada o yönde çaba gösterilir¹⁶⁶. Bu itibarla bu müessese ile ceza hukukundan ziyade özel hukuka yaklaşılmaktadır.

Bütün *diversion* tedbirlerinde olduğu gibi mahkeme dışı uzlaşma bakımından da oluşabilecek yanlış bir izlenim, toplumun failin suç işlediği, polisin suçluyu yakalayarak gerekli işlemleri yaptığı ve fakat sonradan hiçbir ceza almadığı düşüncesine kapılacağıdır. Toplumun, failin mahkeme önüne çıkarılmadan işten sıyrılmasından memnun kalmayacağı da düşünülebilir¹⁶⁷. Ancak burada unutulmaması gereken husus, failin mahkeme dışı uzlaşma uygulaması suretiyle basit bir cezasızlıktan öte, fiili ile sorgulandığı, mağdurun karşısına geçerek fiilinin sonuçları ile karşı karşıya bulunduğu ve bu uygulamanın bir şekli muhakemeden daha da utandırıcı olabileceğidir. Bu suretle fail bir ceza muhakemesine nazaran kendi fiili dolayısıyla kendini çok daha fazla sorgulamak, muhakeme etmek durumunda kalmaktadır¹⁶⁸. Fail verdiği zarar ve çektirdiği acılarla yüzleştirilir¹⁶⁹. Bu noktada da mağdurun muvafakati önem arz etmektedir. Mağdurun onayı alınmadan uygulanan mahkeme dışı uzlaşma veya *diversion*, mağdur tarafından suçun cezasız kaldığı izlenimini uyandıracak ve toplumda suçların cezalandırılması hususunda tereddüt ve hoşnutsuzluklara ne-

rupa üniversitesi ile ortaklaşa hazırladığı Mediasyon Konusunda Avrupa Yüksek Lisans Programı ile ilgili ilan için bkz., *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21. Ağustos.1999, Nr. 193, S. 60. Söz konusu ilanda çatışma danışmanlığı, pazarlık ve mediasyon konusunda, aile, ceza hukuku, yönetim ve okul branşları gibi bir çok disiplinler arası alanda geçerli olan mastır eğitimi verildiği ifade edilmektedir.

165 Bkz. LÖSCHING-GSPANDL, (dn. 161), 92 vd.

166 KOLL, (dn. 163), 169, 179; SCHÖCH, (dn. 108), 115.

167 KOLL, (dn. 163), 166.

168 KOLL, (dn. 163), 171.

169 KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 281.

den olacaktır¹⁷⁰.

Failin sabıkalı olması özel önleme gereklilikleri aksini gerektirmedikçe mahkeme dışı uzlaşma uygulamasına engel değildir. Bunun gerekçesi de sabıkalı bir kimsenin işlediği bir suçun mağduru olan bir kimsenin, başka bir suçun mağduruna nazaran neden farklı bir muameleye tabi tutularak, kolayca zararlarının karşılanmasından mahrum kalmasının açıklanamayacak olmasıdır¹⁷¹.

Bu müessesenin bir faydası verilen mahkûmiyet kararından sonra mağdurun bu kez hukuk mahkemelerine giderek zararının giderilmesini talep etmesine gerek kalmamasıdır¹⁷². Şüpheli ile mağdur arasındaki gelecekteki ilişkilerin de mahkeme dışı uzlaşmada belirlenmesi, düzenlenmesi gerekir¹⁷³. Keza mahkeme dışı uzlaşma adli organların yükünü ve muhakeme masraflarını azaltır. Avusturya'da mahkeme dışı uzlaşmanın ortalama 2 ila 5 ay sürdüğü belirtilmektedir. Bununla beraber mahkeme dışı uzlaşmada yükün savcıya düştüğü ve savcının normal kovuşturma faaliyetine nazaran basit bir iddianame hazırlamaktan öte bir takım çabalar göstermek durumunda kaldığı da açıktır¹⁷⁴. *Diversión* ile ilgili olarak savcıya verilen yetkiler

170 SCHÖCH, (dn. 108), 114, 115.

171 KOLL, (dn. 163), 169.

172 Hemen belirtelim ki, mağdurun zararının karşılanması halinde faile ceza verilmemesi uygulaması ilk defa mahkeme dışı uzlaşma müessesesi ile Avusturya Hukuku'na getirilmiş bir uygulama değildir. Özellikle bir çok mala yönelik suçta failin meydana gelen bütün zararları karşılaması halinde cezalandırılmayacağı zaten öngörülmektedir, BERTEL, *Der außergerichtliche Tatausgleich – eine kriminalpolitische Betrachtung*, in: Festschrift für Otto Triffterer, Wien, New York 1996, 554 vd.; LÖSCHING-GSPANDL, (dn. 75), 99 vd. Bu konuya ilişkin Avusturya Ceza Kanunu'nun 167. maddesi faal nedamete ilişkin bir düzenleme içermektedir ve buna göre failin bizzat veya mağdurla yapacağı anlaşmadan sonra veya ceza kovuşturması makamlarına zararı ödemesi ve son olarak da üçüncü kişilerin failin talebi üzerine mağdurun zararını karşılamaları halinde fail cezasız kalmaktadır, bkz. HUBER-BRANDSTETTER, *Zum Umfang der "Schadenersatzpflicht bei tätiger Reue (§ 167 StGB)"*, in: Festschrift für Reinhard Moos, Wien 1997, 130 vd.

173 LÖSCHING-GSPANDL, (dn. 161), 86.

174 KOLL, (dn. 163), 172; MIKLAU, *Die neue Rolle der Staatsanwaltschaft im strafprozessualen Vorverfahren*, in: Festschrift für Otto Triffterer, Wien, New York 1996, 503.

dolayısıyla savcının bir nevi hakim benzeri pozisyona oturtulduğu da gözlenmektedir¹⁷⁵.

Mahkeme dışı uzlaşma bakımından ortaya çıkan bazı problemler şunlardır: Mağdurun mahkeme dışı uzlaşmayı inatlaşarak kabul etmemesi veya mesela yabancı düşmanı olması dolayısıyla yabancı failin hapse girmesini istemesi dolayısıyla failin bu müesseseden faydalanamaması; mağdurun zararını karşılayacak parası olmayan failin bu müesseseden faydalanamaması; mağdurunun belli olmadığı veya bulunmadığı suçların faillerinin bu müesseseden faydalanamaması. Bu problemler karşısında şu çözüm önerileri düşünülebilir: Öncelikle mağdurun yukarıdaki gibi sebeplerle mahkeme dışı uzlaşmayı reddetmesi kabul edilmeyebilir. Mağdurun bulunmadığı suçlarda veya bilinmediği suçlarda da bir kamu kurumuna ödeme yapma düşünülebilir¹⁷⁶.

Mahkeme dışı uzlaşmada ilkin fail ile konuşulur. Failin olaydan kendini ne derecede sorumlu gördüğü, zarar görenle ne tür bir ilişki içinde kendini gördüğü, işlediği suçun yaşamı ve yaşam perspektifi üzerindeki etkisi belirlenir. Burada ceza hukuku manasında bir itiraf istenilmez. Aksine fiilini ve sonuçlarını tanıması, fiilinin sorumluluğunu yüklenmesi istenir¹⁷⁷.

Mahkeme dışı uzlaşma bütün suçlar bakımından uygulanamaz. Daha çok saldırı suçlarında (müessir fiil, tehdit, nası ızzar) mahkeme dışı uzlaşma başarılı olabilir. Buna karşılık mala yönelik suçlarda uygulama alanı çok dar olarak düşünülebilir. Nitekim hırsızlık yapan bir kimsenin çaldığı malı geri vererek cezadan kurtulması düşünülemez. Ancak failin ekstra bazı pozitif edimlerde bulunması halinde mahkeme dışı uzlaşma uygulanabilir, örneğin çaldığı 100 milyonluk saati 5 milyona satan failin, mağdura 100 milyonu ödemesi halinde cezasız kalması söz konusu olabilir¹⁷⁸. Devlete yönelik suçlarda da mahkeme dışı uzlaşma uygun değildir, zira öncelikle bu tip suçlarda uzlaşmayı yapacak mağdurun kim olacağı sorunu vardır¹⁷⁹.

175 MIKLAU, (dn. 174), 505.

176 KOLL, (dn. 163), 168; MALECZKY, (dn. 91), 18.

177 KOLL, (dn. 163), 177, 178.

178 KOLL, (dn. 163), 167.

179 KOLL, (dn. 163), 168.

Mahkeme dışı uzlaşmaya elverişli suçların bir çoğunun geçmişi pek derin olmayan özel yaşamdaki veya iş hayatındaki çatışmalardan kaynaklandığı söylenebilir¹⁸⁰. Özellikle tanıdık, komşu, akraba veya eşler arasında mahkeme dışı uzlaşma uygulama oranı yüksektir¹⁸¹.

Avusturya'da 1998 yılında toplam 4800 olayda mahkeme dışı uzlaşmaya karar verilmiştir. Bunların %76'sı hayat, vücut ve özgürlüğe yönelik suçlar, %21'i mülkiyet aleyhine işlenen suçlar ve %3'ü de diğer suçlara ilişkindir. Bütün olayların %85'ini şu beş suç oluşturmaktadır: Müessir fiil, nası ızzar, tehlikeli tehdit, şartlı tehdit ve kavga. Bu 4800 olayın %74'ünde şüphelilerin herhangi bir sabıkası bulunmamakta, %14'ü ise sabıkalıdır. Söz konusu olayların %81'i savcılık veya mahkeme tarafından üç ay içinde sonuca bağlanmıştır¹⁸².

Mahkeme dışı uzlaşma uygulamasında çatışma düzenleyicisinin arabuluculuk yapmasının birkaç yönden yararı bulunmaktadır. İlk fail ile mağdur arasında uzlaşma olasılığını yükseltmektedir. İkinci olarak da failin mağduru baskı altına alması veya mağdurun faile şantaj yapması önlenmiş olmaktadır¹⁸³.

Avusturya'da mahkeme dışı uzlaşma ilkin çocuk suçluluğunda uygulanmış, bilâhare uygulamanın olumlu sonuçlanması ve uluslararası alanda da büyük kabul görmesi üzerine¹⁸⁴ öncelikle deneme niteliğinde, bilâhare de tamamen, yetişkinler ceza hukukunda da bu müesseye geçilmiştir. Ancak çocuk suçluluğu ile yetişkin suçluluğu arasında uygulamada bir takım farklılıkların ortaya çıktığı gözlemlenmiştir.

180 HAMMERSCHICK-PELIKAN-PILGRAM, *Soziale Konflikte vor Gericht und im Außergerichtlichen Tatausgleich – eine Gegenüberstellung*, in: *Ausweg aus dem Strafrecht – der außergerichtliche Tatausgleich: Überlegungen anlässlich eines "Modellversuchs" im österreichischen (Erwachsenen-) Strafrecht*, Baden-Baden 1994, 107.

181 KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 285; HAMMERSCHICK-PELIKAN-PILGRAM, (dn. 180), 108, 117.

182 LÖSCHING-GSPANDL, (dn 161), 96, 97.

183 BERTEL, (dn. 172), 553.

184 Bkz. PILGRAM, (dn. 60), 77. Yazar Gençlik Ceza Hukuku'nda uygulanan mahkeme dışı uzlaşmayı, alışılmadık ölçüde başarılı hukuki ve sosyal bir kurum ve ceza adaleti alanında başarılı bir buluş olarak değerlendirmektedir, 80; JESIONEK, (dn. 73), 161 vd.

Buna göre çocuk suçluluğunda hemen bütün suçlar bakımından mahkeme dışı uzlaşma uygulanırken, yetişkin suçluluğunda daha çok saldırı suçlarında bu kurum uygulama alanı bulmaktadır. Saldırı suçları bakımından da en çok aile içinde, komşularla, iş yerindeki müessir fiillerde, tehditte ve nası ızrarda uygulama söz konusu olmaktadır. Hırsızlık, dolandırıcılık ve tehlike suçlarının da önemli bir oranda temsil edildiğini söylemek olanaklıdır. Bu konudaki bir gözlem de, çocuk suçluluğunda mahkeme dışı uzlaşmanın iki taraf bakımından da çok daha yüksek oranda kabul görmesine karşın, yetişkin suçluluğunda söz konusu oranın düşük olmasıdır. Böylece çocuk suçluluğunda bu müessesenin başarı oranı, yani olayın bu şekilde halledilmesi oranı %85-90 arasındadır. Bunda özellikle mağdur tarafının "ben de bir zamanlar gençtim, bu o kadar da kötü bir şey değil" düşüncesi rol oynamaktadır. Yetişkinler bakımından bazen failin suçunu kabullenmeyi yenilgi olarak görmesi dolayısıyla da bu müessese uygulama alanı bulmayabilmektedir. Bununla beraber yukarıdaki oranın yetişkinlerde %69 olduğuna işaret etmek gerekir¹⁸⁵.

Mahkeme dışı uzlaşmanın özel önleme amacı yönünden bir sakıncası failin yakalanırsam zararı karşılar işi kapatırım, yakalanmazsam, yaptığım yanıma kâr kalır düşüncesi ile suç işlemesine yol açabilecek olmasıdır. Fail tek riziko olarak mağdurun zararını karşılamayı görüp, bu önemsiz ihtimâli baştan kabullenerek rahatlıkla suç işleyebilir.

bbb. Uygulama

Savcı Avust. CMUK m. 90g/I gereğince şüphelinin fiili için kefil olması ve fiilin sebepleri hakkında kendini sorgulaması halinde kovuşturmayı geri çekebilir. Burada basit bir zararın karşılanmasından daha fazla şey istenmektedir¹⁸⁶.

Savcı (yerine göre mahkeme) sosyal çalışma alanında¹⁸⁷ tecrübeli bir

¹⁸⁵ KOLL, (dn. 163), 185, 190, 191; HAMMERSCHICK-PELIKAN-PILGRAM, (dn. 180), 109; ZWINGER, *Der außegerichtliche Tatausgleich für Erwachsene*, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 23. Strafrechtliches Seminar 1995, Wien 1996, 190, 191.

¹⁸⁶ SEILER, (dn. 84), 78.

¹⁸⁷ Avusturya Adalet Bakanlığı ile "Tecil Yardımı ve Sosyal Çalışma Derneği"

kimseden çatışma düzenleyicisi olarak (Konfliktregler)¹⁸⁸ bütün ilgilileri mahkeme dışı fiil eşitliğinde desteklemek üzere görevlendirir. Çatışma düzenleyicisi şüpheli ve mağdur ile bağlantı kurar ve onları mahkeme dışı fiil uzlaşması hakkında bilgilendirir. Bütün hususların açıklığa kavuşturulmasından sonra bir araya gelinir ve çatışmanın ortadan kaldırılması üzerinde konuşulur. Bu çatışma düzenleyicisi tarafından kontrol edilir (Avus. CMUK m. 90i/I)¹⁸⁹. Çatışma düzenleyicisi şüpheliyi mağdurun keyfilikinden ve ölçüsüz talep ve suçlamalarından korur¹⁹⁰. Çatışma düzenleyicisi şüpheliye emir veya talimat veremeyeceği gibi, yerine getirmesi gereken edimler hususunda da somut önerilerde bulunamaz. Çatışma düzenleyicisi sadece şüphelinin fiilini değerlendirmesini ve fiilin denkleştirilmesi hususundaki olası çözümler hakkında düşünmesini sağlar¹⁹¹. İyi bir çatışma düzenlemesi için çatışma düzenleyicisinin rolü kurucu niteliktedir ve başarıya etki eden önemli bir faktördür¹⁹².

Savcılık çatışma arabulucusunun raporuna göre, ceza muhakemesinin başlatıp başlatmayacağına karar verir¹⁹³. Savcı uzlaşmanın değiştirilmesini isteyebilmelidir¹⁹⁴.

Mahkeme dışı uzlaşmanın amacı yararların denkleştirilmesidir. Burada şüpheli fiili ve onun sonuçları ile karşı karşıya konur. Şüphelinin zararları karşılamaya veya fiilin sonuçlarını eski haline getirmeye hazır olması gerekir. Bu noktada da bu niyetini ispat bakımın-

(Verein für Bewährungshilfe und Soziale Arbeit) arasında imzalanan bir protokol ile bu konuda yetki bu derneğe verilmiştir. Bu dernekte toplam 85 çatışma düzenleyicisi görev yapmaktadır. Bunlar "ceza hukukunda mediasyon" konusunda çeşitli eğitim almış kişilerdir. Her çatışma düzenleyicisine yılda ortalama 132 olay düşmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. internette: www.vbsa.at

188 MOOS, çatışma düzenleyicisi terimi yerine arabulucu manasına gelen "mediator" terimini kullanmaktadır, (dn. 10), 658.

189 MALECZKY, (dn. 91), 17, 18; ZWINGER, (dn. 185), 176 vd.

190 MOOS, (dn. 70), 352.

191 JESIONEK, (dn. 73), 162, 163.

192 SCHROLL, (dn. 85), 93.

193 SEILER, (dn. 84), 78.

194 MOOS, (dn. 70), 352.

dan da kendisini bu suçu işlemeye iten davranış şekillerini bundan böyle yapmamak hususunda hazır olduğunu göstermelidir. Mesela alkol almama, terapi, Anti-Aggression-Training gibi. Doğal olarak mağdurun yararları da gözetilmek durumundadır¹⁹⁵.

Mahkeme dışı uzlaşmanın gerçekleşmesi mağdurun onayına bağlıdır. Ancak mağdur da ceza muhakemesinde göz önünde tutulamayacak nedenlerden dolayı (sözgelimi öç gibi) onay vermekten kaçınmaz (Avus.CMUK m. 90g/II). Nitekim uygulamada mahkeme dışı uzlaşmanın başarıya ulaşmasında en önemli etken, tarafların işbirliğine ve dolayısıyla uzlaşmaya hazır olmalarıdır. Avusturya uygulamasında uzlaşmaya gönüllü olma oranı şüphelilerde %86, mağdurda %84 olarak tespit edilmiştir. Bununla beraber Avusturya uygulamasında uzlaşmanın başarısızlıkla sonuçlanmasında en çok rastlanılan nedende, mağdurun başlangıçta uzlaşmaya yanaşmasına rağmen, bilâhare uzlaşmaya direnmesidir¹⁹⁶.

Çatışma düzenleyicisi (arabulucusu), savcıya (yerine göre mahkemeye) mahkeme dışı uzlaşmanın sonuçları ve özellikle de kararlaştırılan uzlaşma hakkında bilgi verir. Uzlaşma sağlanamaması halinde, görüşmeler hakkında bilgi verilmesi ile yetinilir. Çatışma arabulucusu görüşmeler hususunda gizlilik ile mükelleftir. Ancak istisnaen mahkemede uzlaşma konusunda tanık olarak dinlenebilir. Susma mükellefiyeti şüphelinin mahkeme dışı uzlaşmada söylediklerinden dolayı sonraki muhtemel bir muhakemede sorumlu tutulmamasını sağlama yöneltir. Böylece söz gelimi çatışma arabulucusunun bilâhare mahkemede şüphelinin ikrarı hususunda tanıklık yapması önlenmek istenmiştir¹⁹⁷.

Mahkeme dışı uzlaşmanın başarılı olması halinde şüpheli maktu bir miktar para öder¹⁹⁸ ve savcılık (yerine göre de mahkeme) kovuştur-

¹⁹⁵ SEILER, (dn. 84), 78; MALECZKY, (dn. 91), 18.

¹⁹⁶ HAMMERSCHICK-PELIKAN-PILGRAM, *Von der Fallzuweisung zum Abschluß des außergerichtlichen Tatausgleichs – die praktischen Ergebnisse des Modellversuchs*, in: *Ausweg aus dem Strafrecht – der "aussergerichtliche Tatausgleich"*: Überlegungen anläßlich eines "Modellversuchs" im österreichischen (Erwachsenen-) Strafrecht, Baden-Baden 1994, 130 vd., 150.

¹⁹⁷ MALECZKY, (dn. 91), 18.

¹⁹⁸ Şüpheliden bu faaliyet karşılığında şu an için yaklaşık 120 Euroya tekabül

madan vazgeçer. Şüphelinin mali durumuna göre para ödenmesinden vazgeçilebilir (Avus. CMUK m. 388)¹⁹⁹.

Avusturya'da bir model projede mahkeme dışı uzlaşma kararı verilen olayların %65'inde çatışma düzenleyicisi olumlu rapor vermiştir. Mahkeme veya savcılar da bu rapor üzerine genelde kovuşturma veya muhakemeye Avus. CK m. 42 gereğince son verilmesi kararını vermektedirler. Bununla beraber, olayların %2 sinde olumlu rapora rağmen, ilgili makamların muhakeme kararı aldıkları, bunların da ancak yarısının mahkumiyet ile sonuçlandığı gözlenmiştir. Sonuç olarak model projeye bakılarak, 10 olayın 6'sında resmi bir muhakemeye başvurulmadan uyuşmazlıkların mahkeme dışı uzlaşma yoluyla çözülebileceği sonucuna ulaşılmıştır²⁰⁰.

Mahkeme dışı uzlaşma özellikle sosyal yakınlığın söz konusu olduğu hallerde (aile²⁰¹, komşu, iş yeri gibi) çatışmaları düzenleme ve failin içinde o an için bulunduğu durum dolayısıyla istisnaen saldırgan davranıldığı hallerde (trafikte veya lokallerde saldırganlık gibi) (situative durumlar) çatışmaları pozitif olarak çözüme bakımından uygun bir araçtır. Özel yetiştirilmiş sosyal uzmanların katkısıyla kişiyi suça iten bütün hususlar göz önünde tutulur²⁰².

c. Muhakeme

Diversión hususunda karar verme yetkisi birincil olarak iddia makamı olan savcılığa aittir. *Diversión*da savcı olayı mahkemeye taşıyan bir nakliye organı olmaktan çıkmakta, aktif bir rol üstlenmektedir²⁰³.

Bütün koşulların varlığı halinde savcı kovuşturmadan vazgeçer. Bu,

eden 2000 ÖS alınmaktadır. Bu miktar yukarıda belirttiğimiz Tecil Yardımı ve Sosyal Çalışma Derneğine ödenmektedir, bkz. internette: www.vbsa.at

199 MALECZKY, (dn. 91), 18.

200 HAMMERSCHICK-PELIKAN-PILGRAM, (dn. 196), 151.

201 Aile içi şiddet olaylarında da *diversion*un cezaya nazaran daha olumlu netice verdiği açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HÖPFEL-KERT, (dn. 141), 130 vd.

202 MALECZKY, (dn. 91), 18.

203 MOOS, (dn. 10), 661.

ancak iddianame ile dava açılmadan önce mümkündür. Dava açıldıktan sonra ise artık mahkeme savcının başvurusu üzerine karar vermek durumundadır (Avus. CMUK m. 90a, 90b). Savcılığın bütün koşulların varlığına rağmen *diversion* uygulamaması halinde ise, mahkeme önsoruşturmanın başlangıcından veya dava açılmasından, son soruşturmanın sonuna kadar re'sen *diversion* uygulanmasına karar verebilir. Bu takdirde davanın bir karar (Beschluss) ile düştüğüne (Einstellung des Verfahrens) karar verilir (Avus. CMUK m. 90b). Fakat bu karar şüpheliye ancak savcı açısından kesinleşmesi halinde bildirilir (Avus. CMUK m. 90 L/II). Bütün koşulların mevcudiyetine rağmen mahkemenin de *diversiona* karar vermemesi, aksine kusur kararı vermesi halinde, muhakeme yok sayılır (Avus. CMUK m. 345/1 12a bendi). Bu durumda karar yüksek mahkeme tarafından re'sen kaldırılır ve yerel mahkemeye *diversion* tedbirleri uygulanmak üzere geri gönderilir (Avus. CMUK m. 288/II 2a bendi; m. 470/3, 475/4) ²⁰⁴.

Belli bir olayın *diversiona* elverişli olup olmadığına ve hangi *diversion* tedbirinin en uygun olacağına bu amaçla önceden mahkeme dışı uzlaşma için danışma organı olarak görevlendirilmiş bulunan sekreterlik tarafından veya savcılık veya bizzat mahkeme tarafından karar verilir (Avus. CMUK m. 90k/I). Şüpheli her *diversion*dan önce bilgilendirilir (Avus. CMUK m. 90j) ²⁰⁵.

Her *diversion*da mağdurun yararları da mümkün olduğunca göz önünde tutulmalı, özellikle zararının karşılanması veya fiilin sonuçlarının denkleştirilmesi (Tatfolgenausgleich) sağlanmalıdır. Mağdur da hakları konusunda bilgilendirilmeli ve mağdurun korunmasına ilişkin müesseseler hakkında da kendisine bilgi verilmelidir. Gerekli görüldüğü hallerde de her *diversion* tedbirinden önce dinlenmelidir. Mağdurun yararlarını direkt olarak ilgilendirmesi halinde bu tip bir tedbir (zararın karşılanması, ilişki yasağı [=Kontaktverbot]) bakımından dinlenmelidir (Avus. CMUK m. 90i). Bir muhakemenin *diversion* ile son bulması halinde şahsi dava caiz değildir (Avus. CMUK m. 48/II) ²⁰⁶.

²⁰⁴ SEILER, (dn. 84), 79; MALECZKY, (dn. 91), 14.

²⁰⁵ MALECZKY, (dn. 91), 15.

²⁰⁶ MALECZKY, (dn. 91), 15.

d. Zararların Karşılanması veya Fiilin Sonuçlarının Denkleştirilmesi

Bütün *diversion* tedbirleri açısından ortak olan husus, bunların mağdurun zararlarını mümkün olduğunca desteklemek zorunda olmalarıdır (Avus. CMUK m. 90i/I). Yukarıda ele almış olduğumuz tedbirler diğerleriyle beraber uygulanamaz ise de, bunların hepsi bakımından ayrıca zararların karşılanması veya fiilin sonuçlarının denkleştirilmesi tedbiri mümkün, hatta yerine göre de gereklidir. Ancak mağdurun zararlarının giderilmesi (Wiedergutmachung) müstakil bir tedbir değil, ek bir *diversion* tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, mağdurun zararlarının giderilmesinin otomatik olarak medeni hukuktaki tazminat ile eşit tutulamayacağıdır. Bir *diversion* çerçevesinde mağdurun zararlarının giderilmesi dünyada genel olarak fail ile mağdur arasındaki bir karşılıklı süreç olarak anlaşılmaktadır. Bu süreç kriminal çatışmayı iyileştiren ve ilgililer arasında tekrar barışı sağlayan bir süreçtir. Bu nedenle mağdurun zararlarının giderilmesi manevi değerlerin denkleştirilmesi, yardım, barışma, özür veya hatta sembolik bir zarar karşılanması olarak da görülebilir²⁰⁷.

Avusturya'da tarafların daha çok sembolik bir edim karşılığı uzlaşmaya eğilimli oldukları tespiti yapılmıştır. Tabii bunda savcılık ve mahkemeler tarafından mahkeme dışı uzlaşma kararı verilen olayların niteliğinin önemli bir rolü vardır. Nitekim bu olayların çoğunda yakın kimseler arasında hafif müessir fiil ve tehdit suçları ağırlıklıdır. Uzlaşmaya rağmen söz verilen edimin yerine getirilmemesi oranı ise %16 olarak belirlenmiştir²⁰⁸.

Diversion düzenlemesine bu noktada bir eleştiri yöneltilmektedir: Mağdurun zararlarının karşılanmasının zorunlu tutulmaması. Bilindiği gibi *diversion* tedbirlerinden sadece mahkeme dışı uzlaşmada mağdurun zararlarının karşılanması zorunludur. Diğer tedbirlerde bu tedbire ek olarak mağdurun zararlarının karşılanmasına hükmedilmesi gerekmektedir. Bunun için de zararların karşılanmasının olanaklı ve amaca uygun olması koşulu konmuştur. Bu itibarla savcı ve

²⁰⁷ MALECZKY, (dn. 91), 19; LÖSCHING-GSPANDL, *Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht*, Wien 1996, 8-13.

²⁰⁸ HAMMERSCHICK-PELIKAN-PILGRAM, (dn. 196), 150.

mahkemelerin uygulamada mağdur lehine tutum takınmalarının önemine işaret edilmektedir²⁰⁹.

e. Ceza Muhakemesinin Bilâhare Tekrar Başlatılması veya Devam Ettirilmesi

Ceza kovuşturmasından geçici olarak vazgeçilmesi veya mahkemenin davayı düşürmesinden sonra aşağıdaki hallerde savcı tekrar kovuşturmaya başlayabilir veya mahkeme muhakemeye devam edebilir:

1. Şüphelinin bunu talep etmesi. Şüpheli her an için kovuşturmanın veya muhakemenin başlatılmasını isteyebilir. Şüpheli suçsuzluğuna inanıyorsa veya *diversion* tedbirini ağır görüyorsa bu yola başvurabilir.

2. Şüphelinin *diversion* çerçevesinde kendisine önerilen şartları reddetmesi,

3. Şüphelinin idari para cezası, zararın karşılanması veya kamu yararına çalışmayı yerine getirmemesi veya zamanında yerine getirmemesi (istisna: bazı özel nedenlerin mevcudiyeti halinde yine de ceza verilmesinden vazgeçilebilir, örneğin şüphelinin para cezasını yatırmış, ancak paranın hesaba geçeceği süreyi düşünmemiş olması gibi); mükellefiyetleri yeterince yerine getirmemesi veya gözetim görevlisinin etkisinden kendini uzaklaştırması²¹⁰.

Bunların dışında şüpheli hakkında yeni veya yeni ortaya çıkan bir fiilden dolayı *diversionun* şartlarının yerine getirilmesinden önce veya deneme süresinin bitmesinden önce bir ceza muhakemesinin başlatılması ve dava açılması halinde de ceza muhakemesine devam edilebilir veya ceza muhakemesi başlatılabilir. Ancak yeni muhakemenin kusur kararı ile sona ermemesi halinde, eski muhakeme bakımından *diversion* tekrar geçerli olur²¹¹.

Muhakemenin başlatılması veya muhakemeye devam edilmesi halin-

²⁰⁹ BURGSTALLER, (dn. 123), 16, 17; Ayrıntılar için bkz. FUCHS, *Diversion und Tatopfer*, in: *Diversion: Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Miklau/Roland (Hrsg), Wien 1999, 42 vd.

²¹⁰ MALECZKY, (dn. 91), 19.

²¹¹ MALECZKY, (dn. 91), 20.

de, o ana kadar yerine getirilmiş bulunan edimler kural olarak geri ödenmez, ancak cezanın takdirinde göz önünde bulundurulur (Avus. CMUK m. 90c). Bu hükmün hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmek gerekir²¹². Şüphelinin beraet etmesi veya diğer herhangi bir şekilde kovuşturmadan hariç tutulması halinde ise, sadece hali hazırda ödenmiş bulunan idari para cezası geri ödenir. Kovuşturmadan kesin olarak vazgeçilmesi veya muhakemenin kesin olarak sona erdirilmesinden sonra tekrar başlama veya devam etme ancak genel muhakemenin yenilenmesi kuralları (Avus. CMUK m. 352 vd) çerçevesinde mümkün olur²¹³.

4. Gençlik Ceza Hukuku'nda Kovuşturmadan Vazgeçilmesi

CMUK'nın genel *diversion* tedbirlerine ek olarak savcılık çocuk suçluluğunda Avus. CMUK m. 90a'nın şartlarının mevcudiyeti ve önleme gerekliliklerine bir aykırılığın bulunmaması halinde herhangi ek bir şart veya muhakeme olmaksızın muhakemeden vazgeçebilir (GMK m. 6/I)²¹⁴.

Savcılığın koşulların gerçekleşmesine rağmen ceza muhakemesini başlatması halinde, mahkeme re'sen en geç duruşmanın sonuna kadar bir kararla muhakemeye son vermelidir (GMK m. 5/III)²¹⁵.

5. Uyuşturucu Maddeler Kanununda *Diversyonel* Tedbirler

1971 tarihli Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nda değişiklik yapan kanun ile belirli koşullar altında az miktarda uyuşturucu madde alan veya bulunduran kimseler hakkında ceza kovuşturmasının durdurulması, belli bir deneme süresi içinde tekrar aynı suçu işlememeleri ve gerekli tedavi ve kontrol uygulamalarına tabi olmaları halinde de ceza kovuşturmasından vazgeçmesi olanağı tanınmıştı. Bu uygulama 1980, 1985 ve 1997 değişiklikleri ile genişletilmiştir²¹⁶. Nitekim

²¹² SEILER, (dn. 84), 79.

²¹³ MALECZKY, (dn. 91), 20.

²¹⁴ MALECZKY, (dn. 91), 20.

²¹⁵ MALECZKY, (dn. 91), 21.

²¹⁶ BURGSTALLER, (dn. 4), 24.

1.1.1998 tarihinde yürürlüğe giren Uyuşturucu Maddeler Kanunu uyuşturucu madde kullananlara ilişkin bir takım *diversionel* tedbirlerin uygulanmasını amirdir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren CMUK'da düzenlenmiş bulunan *diversiona* ilişkin genel hükümler daha geniş niteliklidir ve Uyuşturucu Maddeler Kanunu'ndaki terapiye yönelik özel hükümlerin dışında genel nitelikli CMUK hükümleri uygulanacaktır²¹⁷.

Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nda uyuşturucu madde bulundurma, temin vb. suçları işleme şüphesi altında bulunan kimseler bakımından, bunların özel bir terapiyi kabul etmeleri halinde, savcıya soruşturmadan vazgeçme imkânı tanınmıştır (Uyuş. MK m. 35 ve 37).

III. Yeni Ceza Hukuku Anlayışı

Bu noktada son yıllarda uluslararası alanda ve Avusturya Ceza Hukuku'nda meydana gelen gelişmelere bakıldığında şu tespiti yapmak mümkündür: Ceza Hukuku ismine lâyık bir hukuk dalı olmaktan çıkmaktadır. Ceza Hukuku'nda suç kalmakta ve fakat gittikçe artan bir ölçüde cezadan vazgeçilmektedir. Fail suç işlemekte ve fakat cezalandırılmamaktadır. Gerçekten de tecil uygulamalarının genişletilmesi²¹⁸, şartlı mahkumiyet hükmü verilmesine olanak tanınması gibi hususlar, ceza hükmünün verilmesine rağmen ortada cezanın olmasına birer örnek olarak gösterilebilir. Bu suretle ceza hukuku, gün gittikçe azalan ölçüde cezanın, cezalandırmanın hukuku olmakta²¹⁹ ve suç oluşturan fiillere tepkisini sadece ceza ile değil, diğer başka araçlarla da göstermektedir. Bu araçlara Avusturya Hukuku'nda örnek olarak yukarıda ele alınan *diversionel* uygulamalar ile zenginleşmenin kaldırılması ve mülkiyetin devlete geçmesi gösterilebilir. Bu suretle ceza hukuku temel anlayışında geleneksel anlayışa nazaran

²¹⁷ VENIER, *Die neuen Diversionsbestimmungen und das SuchtmittelG*, JBl 2000, 227; Aksi yönde, HINTERHOFER, (dn. 95), 44.

²¹⁸ Bkz. ARTUK-YENİDÜNYA, *Çocuk Ceza Hukukunun Dünü ve Bugünü*, Koçaeli Barosu Dergisi, Temmuz 1993, 59 vd.

²¹⁹ Krş. başka bir yönde, ÖZEK, *1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 663: "Ceza hukukundaki demokratik, insan haklarına saygılı ceza hukuku, "cezalandırma hukuku" olmaktan çıkmış, "bireysel hakları koruma hukuku" olmuştur".

bir genişlemeden de bahsetmek olanaklıdır²²⁰. Özellikle *diversion* tedbirlerindeki çok çeşitlilik dolayısıyla artık ceza hukukunda, ceza ve emniyet tedbirlerinden ibaret olan iki izliliğin yanı sıra bir üçüncü yoldan bahsetmenin yanlış olmayacağına işaret etmek gerekir²²¹. Bu noktada da ceza hukuku yerine “kriminal hukuk” kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır²²².

Burada kriminal hukuk terimi ile kastedilen husus, “ceza ile tehdit edilen fiiller hukuku” veya başka ifadeyle “suç teşkil eden eylemler hukuku”dur. Nitekim ceza hukukunun günümüzdeki gelişimi o yöndedir ki, ceza ile tehdidin mevcut olduğu ve fakat cezalandırmanın olmadığı alan gitgide genişlemektedir. Ancak bu durumda yine olayın ikinci boyutu ihmâl edilerek, ikinci boyutunda farklılaşmalar bulunması gerçeği dolayısıyla ilk boyutuna dönülerek yine tek yönlü bir isimlendirme söz konusu olmaktadır. Gerçekten de “kriminal hukuk” kavramının sözlük karşılığı “suç hukuku”dur. Dolayısıyla ceza hukuku kavramının doğru bir kavram olmaması gibi, suç hukuku kavramı da yerinde değildir. Bu kavramlar yerine her ikisini de ifade etmek üzere “**suç ve yaptırım hukuku**” kavramının kullanılması gerekir. Gerçekten de ceza hukuku içinde sadece ceza değil suç da vardır. Yaptırım olarak da sadece ceza değil, emniyet tedbirleri de uygulanmaktadır. Bu itibarla ceza hukuku terimini kullanmak, medeni hukuk için sadece eşya hukuku demek kadar yanlıştır. Aynı şekilde suç hukuku kavramı da yetersiz kalmaktadır²²³.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Avusturya Hukuku’ndaki *diversion* müessesesi ceza hukukunu değiştirmekte ise de, onun fonksiyonunu kaldırmamaktadır²²⁴. Bu itibarla *diversion* ceza hukukuna karşı bir alternatif teşkil etmemekte, sadece ceza hukuku içinde bir alternatif sunmaktadır²²⁵. Nitekim öğretide de *diversion*un suç politikasında temel bir yenilik olduğu görüşüne katılmayarak, bu görüşün

²²⁰ BURGSTALLER, (dn. 4), 31; BURGSTALLER, (dn. 105), 366.

²²¹ KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 279.

²²² BURGSTALLER, (dn. 4), 31; WEGSCHEIDER-PLÖCKINGER, (dn. 98), 57.

²²³ Krş. HAKERİ, *Die türkischen Strafbestimmungen zum Schutz des Lebens der Person im Vergleich mit dem deutschen Recht*, Pfaffenweiler 1997, 1, dn. 2.

²²⁴ KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 280.

²²⁵ BURGSTALLER, (dn. 123), 12.

abartılı olduğunu ve *diversion*un sadece "kovuşturma veya muhakemenin sona erdirilmesi" müessesesinin önemini artırdığını savunan yazarlar vardır²²⁶.

Diversion kurumu Avusturya Ceza Hukuku'nda esaslı bir değişiklik potansiyelini içermektedir. Ancak bu potansiyelin ne ölçüde ve ne şekilde kullanılacağını uygulama gösterecektir. Her halükârda *diversion* ile beraber ceza hukukunda gerçek bir zenginleşmenin söz konusu olduğu bir gerçektir²²⁷.

Bu yeni ceza hukuku anlayışında dikkat edilmesi gereken husus, ceza tehdidinin ciddiliği ve inandırıcılığına herhangi bir hanel getirilmesi olmalıdır²²⁸. Özellikle *diversion* reformu ceza hukukunun inandırıcılığında bir erozyona yol açmamalıdır. Toplumda *diversion* kapsamındaki suçların önemsiz olduğu inancı uyandırılmamalıdır ve bu noktada da en büyük görev uygulamacılara düşmektedir²²⁹.

§ 5. Şekli Ceza Hukuku'ndaki Temel Eğilimler

I. Şüphelinin Konumunun İyileştirilmesi

Avusturya Ceza Yargılaması Hukuku'nun 1975 yılından itibaren geçirdiği gelişme gözlemlendiğinde, ilk planda yapılan tespit devamlı olarak şüphelinin konumunu iyileştirme yönünde değişiklikler yapıldığıdır. Maddi ceza hukukunda hürriyeti bağlayıcı cezalara mümkün olduğunca hükmetmeme şeklindeki eğilim, şekli ceza hukukunda karşılığını gözaltı ve tutuklama süresinin azaltılması ve uygulama sıklığının da sınırlanmasında göstermiştir. Bunun için tutuklama koşullarında değişiklik yapılmış ve tutukluluk süresi ile ilgili sınır getirilmiştir. Ayrıca bu kapsamda belirtilmesi gereken diğer yenilikler de şüphelinin savunma olanaklarının iyileştirilmesi, itiraz imkânlarının genişletilmesi ve son olarak da basın hukuku alanında şüphelinin kimliğinin açıklanması ile ilgili getirilen sınırlamalar ile masumluk kari-

²²⁶ LÖSCHNIG-GSPANDL, (dn. 75), 771.

²²⁷ BURGSTALLER, (dn. 123), 17.

²²⁸ BURGSTALLER, (dn. 105), 366.

²²⁹ BURGSTALLER, (dn. 123), 17.

nesine basının uymasını sağlamak için yapılan düzenlemelerdir²³⁰. Ancak hemen belirtelim ki özellikle organize suçlulukla mücadele kapsamında yukarıda açıklanan eğilimin tersine bir takım düzenlemeler de yapılmıştır²³¹.

II. Mağdurun Konumunun İyileştirilmesi

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz şüphelinin konumunun iyileştirilmesine yönelik çabalar, mağdurun konumu ile ilgili olarak da yapılmıştır. Bu noktada mağdurun hakları konusunda daha iyi bilgilendirilmesi amacıyla yapılan değişiklikler gözlenmektedir. Keza mağdurun suçtan doğan zararının karşılanması için etkili tazminat alabilmesi için düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede tazminat talebinin ceza mahkemesi önünde yapılmasına ilişkin olanaklar geliştirilmiş, devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar getirilmiş ve son olarak da zenginleşmenin kaldırılması durumunda mağdurun da bundan pay alabilmesine olanak tanınmıştır. Tanıklık hukuku ile ilgili olarak yapılan değişiklikler de cinsel suçların mağdurlarının özel yaşamları veya kendilerini sorumluluk altına sokabilecek vakıalarla ilgili olarak tanıklıktan çekinebilmeleridir. Reşit olmayan mağdurlar bakımından da duruşma salonuna gitmeden, video aracılığıyla duruşmayı takip edip, gerekli itirazları yapabilme olanağı tanınmıştır. Basın hukuku alanında ise mağdurun kimliğinin açıklanmamasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır²³².

²³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. HÖPFEL-PERNFUSS, *Landesbericht Österreich*, in: *Strafrechtsentwicklung in Europa 4, Teil 2*, (Hrsg. Eser/Huber) *Landesberichte 1989/1992*, Freiburg im Breisgau 1994, 1022; BURGSTALLER (dn. 4), 16-19. Avusturya Basın Kanunu'nun 22. maddesi mahkeme salonlarında film çekimini ve ses kaydını yasaklamakta iken, 1992 yılında yapılan değişikliklerle fotoğraf çekilmesi de yasaklanmıştır.

²³¹ Bkz. BURGSTALLER, (dn. 4), 21 ve yuk. "Organize Suç ve Koğuşturma Yöntemleri"

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. BURGSTALLER, (dn. 4), 19, 20; Avusturya Ceza Hukuku'nda son yıllardaki önemli bir gelişme olarak ele alınması gereken bir konu da, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1990 tarihli kararıdır. Bu karar ile Yüksek Mahkeme Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun hukuk hakiminin, ceza hakiminin vermiş olduğu mahkumiyet kararı ile bağlı olduğuna ilişkin 268. maddesini *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*'nin 6. maddesi-

Bu noktadaki önemli bir iyileştirme de *diversion* uygulaması ile sağlanmış bulunmaktadır. Gerçekten de bir çok *diversion* uygulaması mağdurun zararlarının giderilmesi koşuluna bağlı olarak yapılmaktadır²³³.

III. Mahkemelerin ve Savcılarının Yetkisi ile İlgili Değişiklikler

1975 yılından beri Ceza Yargılaması Hukuku alanında yapılan değişikliklerden biri de mahkemelerin yetkisi bakımından daha aşağı derecedeki mahkemelere doğru yetki kaydırması yapılmasıdır. Savcılığın yetkilerinin de artırıldığı görülmektedir. 1986 yılında müstakil bir "Savcılık Kanunu" (=Staatsanwaltschaftsgesetz) çıkarılmıştır. Ayrıca ceza yargılamasında da savcılarının fonksiyonel öneminin arttığı gözlenmektedir. Keza önsoruşturmada yapılması düşünülen reformda da savcıya şimdiki uygulamaya nazaran daha önemli bir konum öngörülmektedir²³⁴.

nin 1. fıkrasına (Right to a fair trial-Adil Yargılanma Hakkı) (Anspruch auf rechtliches Gehör) aykırı görerek iptal etmiştir. Ancak burada özellikle belirtilmesi gereken husus, daha önceki yargılamada kişinin taraf olarak yer almamış olmasıdır. Karara konu olayda bir trafik kazasında zarar gören kişi, suçlu sürücünün ceza mahkemesinde mahkumiyetinden sonra bu karara dayanarak sürücünün bağlı bulunduğu sigorta aleyhine hukuk mahkemesinde dava açmış ve bu davaya esas olarak da ceza mahkemesinden alınan mahkumiyet kararını göstermiştir. Ancak ceza mahkemesinden verilen karardaki fiili tespitlere karşı şüpheler oluşmuş ve fakat kararın bağlayıcı yönü dolayısıyla karar esas alınmak durumunda kalınmıştır. Burada dikkat çekici husus, sigortanın ceza davasında taraf olarak yer almamasıdır. Bu itibarla Yüksek Mahkeme, daha önceki muhakemede taraf olmayan bir kurumun daha önce verilen karar ile bağlı kılınmasını İHAS'ne aykırı görmüştür, VfGH 12.10.1990, JBl 1990, 104; FUCHS, *Die strafprozessuale Stellung des Verbrechensopfers und die Durchsetzung seiner Ersatzansprüche im Strafverfahren*, in: Verhandlungen des dreizehnten österreichischen Juristentages Salzburg 1997, Band IV/I, Abteilung Strafrecht, Wien 1997, 11. Ayrıntılı bilgi için bkz. HÖPFEL-PERNFUSS, (dn. 230), 1029.

²³³ BURGSTALLER, (dn. 4), 26. Yazar aynı yerde mağdurun zararlarını gidermesi şansını artırmasını, *diversionun* şimdiye kadar toplum tarafından geniş ölçüde kabul edilmesine etki eden en önemli sebep olarak görmektedir.

²³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. BURGSTALLER, (dn. 4), 22, 23, 25.

Özellikle *diversion* alanında savcının geleneksel statüsünde önemli yenilikler yapılarak savcıya baskın bir rol verildiği görülmektedir. Bu alanda savcının rolü basit bir "transport" rolünden çok ileriye geçmekte, bir nevi hakimden önceki hakim rolünü üstlenmektedir. Keza bu alanda savcıya sosyal nitelikli kurumlarla işbirliği ödevi de yüklenmektedir²³⁵.

IV. Mecburilik Prensibinden Sapma

Avusturya Hukuku'nda dayanağını, Kant'ın ceza ve ceza muhakemesinin anlam ve amacını suç ile bozulan düzenin resmi bir ceza muhakemesi ve resmi bir hakim kararı ile yeniden düzeltilmesi şeklindeki görüşünden alan ve keza pozitivizmin de etkisiyle eski bir geleneğe sahip olan ceza muhakemesindeki mecburilik prensibinden sapma mesela bir Almanya'daki kadar (krş. Alm. CMUK m. 153 vd.) kolay olmamıştır²³⁶. *Diversion* bu manada bir istisna oluşturmaktadır.

Diversion müessesesinin bir gereği olarak mecburilik prensibinde yumuşama olarak nitelendirilebilecek değişiklikler yapılmaktadır. Örneğin, savcının *diversion* tedbirlerini uygulamaması halinde hakime bu konuda yetki verilmektedir. Hatta savcının şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen *diversiona* başvurmaması yokluk nedeni olarak kabul edilmiştir (Avus. CMUK m. 281/I 10a). *Diversion*un koşullarının gerçekleşmiş olması halinde mecburilik prensibi şu şekilde dönüşüm geçirmek durumunda kalmaktadır: Savcı yeteri kadar şüphe bulunması halinde ya koğuşturacak ya da *diversiona* başvuracaktır²³⁷.

V. Yeni Ceza Yargılaması Hukuku Anlayışı

Yeni ceza yargılaması hukuku anlayışında ise ceza yargılaması bizzat geniş manada ceza hukuku reaksiyonu olarak anlaşılmaktadır. Bu anlayışta şekli ceza hukukuna müstakil (pozitif veya negatif) önleme etkisi de tanınmaktadır. Bunun tipik şekli de özellikle *diversionda* görülmektedir. Bu yeni anlayışın sonucu olarak, maddi ve şekli ceza hu-

²³⁵ KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 280, 286.

²³⁶ JESIONEK, (dn. 73), 165.

²³⁷ KIENAPFEL-HÖPFEL, (dn. 74), 286.

kukunun daima bir arada göz önünde tutulmasında gereklilik bulunduğu unutulmamalıdır²³⁸.

Özellikle son yıllardaki gelişmeler ışığında, devletin kovuşturma organlarının sert egemenlik organı rolünden, vatandaş için yardım organı rolüne geçtiği tespiti yapılmaktadır. Bu suretle savcılık ve polis basit suçlarda bir nevi "vatandaş servisi" niteliğini kazanmış bulunmaktadır. Bu şekilde de ceza adaletinin bir nevi medenileşmesinden bahsedilmektedir²³⁹.

§ 6. Hazırlık Soruşturmasında Reform Yapılmasına İlişkin Tasarı

Avusturya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hazırlık soruşturmasını esasen yargıç ve savcının beraber yürütmesini öngörmüş olmasına rağmen (Avus. CMUK m. 84 vd.), uygulama kanunun yürürlüğe girdiği günden itibaren, Türkiye'de olduğu gibi aksi yönde gelişmiş ve hazırlık soruşturmasına ilişkin bütün işlemleri pratikte kolluk yürütür olmuştur. Bu noktada ortaya çıkan sorun, kanunun ruhuna aykırı bir uygulamanın yanı sıra kolluğun yapmış olduğu hazırlık soruşturmasının çoğunlukla herhangi bir kurala tabi olmaksızın yapılmasıdır. Bu uygulamayı kanunun istediği şekle çevirmek ve kesin kurallara bağlamak için Adalet Bakanlığı tarafından hazırlık soruşturmasına ilişkin ayrıntılı bir tasarı hazırlanmıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu tasarının yasalaşması olasılığı yüksek görülmemektedir. Kolluk tarafından yapılan itirazların yanı sıra, kolluğun personel, teknik ve malzeme bakımından çok üstün olması ve hukukçuların bu alanda bilgisiz olmaları, bu yapının değiştirilmesi hususundaki güçlükler olarak görülmektedir.

Sonuç

Avusturya Ceza Kanunu reformlara açık, gelişmelere hızlı ayak uyduran ve bu şekilde eskimeyen bir kanun görüntüsü vermektedir. Nitekim Avusturya Ceza Hukuku'nun uluslararası gelişmelere göre şekil-

²³⁸ BURGSTALLER, (dn. 4), 32; BURGSTALLER, (dn. 105), 363.

²³⁹ MOOS, (dn. 10), 671, 672.

lendiği tespitini yapmak mümkündür. Özellikle de Alman Ceza Hukuku'ndaki²⁴⁰ gelişmelerin yakından takip edilerek, orada yapılan değişikliklerin kısa sürede Avusturya'da da yapıldığı gözlemlenmektedir. Bazı alanlarda ise tamamen kendine mahsus düzenlemeler yapmak suretiyle ceza hukuku alanında hiç de küçümsenmeyecek yeniliklerin uygulandığı da görülmektedir. Türk Yasa Koyucusu'ndan farklı olarak Avusturya Kanun Koyucusu'nun güncel gelişmelere çok kısa sürede tepki verdiğini belirtmek gerekir. Bu noktada da Avusturya Ceza Hukuku Öğretisi ve Uygulaması ile Yasa Koyucu'nun çok geniş planda ve uyumlu çalışmalar gösterdiği görülmektedir.

Ancak uluslararası suç siyaseti gelişmelerinin ceza hukukunun ağırlaştırılması yönünde olmasına karşın, Avusturya Ceza Hukuku'nun aksine liberal bir tutum takındığı belirtilmektedir²⁴¹.

Burada Avrupa ve Amerika'da geçmişi oldukça eski olan ve fakat bizim hukuk düzenimize henüz²⁴² bütün bir kurum olarak girmemiş

²⁴⁰ Bu noktada dikkat çekici olan husus, hem yeni Avusturya Kanunu'nun ve hem de Alman Ceza Kanunu'nun yeni genel hükümler kısmının 1975 yılında yürürlüğe girmiş olmasıdır; Ayrıntılı bilgi için bkz. JESCHECK, *Deutsche und Österreichische Strafrechtsreform*, in: *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft, Ausgewählte Beiträge zur Strafrechtsreform, zur Strafrechtsvergleichung und zum internationalen Strafrecht aus den Jahren 1953-1979*, S. 340-357.

²⁴¹ BURGSTALLER, (dn. 4), 32.

²⁴² *Diversión* ile ilgili olarak Türk Hukuku'nda da bazı değişikliklerin planlandığı aktarılmaktadır. İnternette 15.8.2000 tarihli milliyet.com.tr sitesinde bu konuda yayınlanan habere göre, yargıda uzlaşma dönemi başlamakta olup, ceza üst sınırı iki yılı aşmayan suçlarda, zararın sanık tarafından karşılanması halinde dava açılmayacak ve bu suretle binlerce dosya ortadan kalkacaktır. Planlanan düzenlemeye göre uzlaşma kurumları oluşturulacak, uzlaşma hem soruşturma hem de dava aşamasında olabilecektir. Şikayetçi kişiyle suçlanan kişi "uzlaşma kurumu" adı altında görev yapacak hakim ve savcılar tarafından bir araya getirilecek, kurum iki kişi arasında adli uzlaşma sağlamaya çalışacaktır. Gazetenin internet sitesinde bu konuda ayrıca şunlar belirtilmektedir: "Yasa tasarılarını hazırlayan komisyonların başkanı Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza Yasası'na konulacak maddenin tamamlandığını, CMUK'na bununla ilgili konulacak uyum maddesi üzerinde çalıştıklarını belirtirken, "yararlı bir maddeyi kanuna koyduk. Halen İtalya, Almanya, Fransa bu maddeyi etkin olarak uyguluyor. BM Viyana Konferansı'nda da bu konu tartışıldı" dedi".

bulunan klasik ceza hukukuna yabancı bir kavram olarak diversion üzerinde kanaatlerimizi ifade etmek istiyoruz. Türk öğretisinde “kamusal nitelikte bir yetki olduğu içindir ki devlete ait ceza vermek yetkisinin kapsamı ve içeriği üstünde tarafların anlaşmaya girişmelerinin düşünülmemeyeceği” savunulmakta ve fakat hürriyeti bağlayıcı cezaların ve para cezalarının sakıncalarını önlemeye yönelik olan ve sağa tazminat gibi bazı yükümlülükler yükleyen hükümlerin devletin cezalandırma görevine aykırılık teşkil etmediği açıklanmaktadır²⁴³. Uygulamada da “toplum bireyleri arasındaki iyi niyet ve anlaşma yeteneğinin giderek zayıfladığı” ve “bu durumu giderecek yöntem ve tekniklere şiddetle ihtiyaç duyulduğu”²⁴⁴ ve “bu anlamda, ceza hukumuza kamu davası öncesi bir “barıştırmaya müessesesi”nin alınmasının faydalı olacağı”²⁴⁵ görüşü savunulmaktadır.

Aslında mahkeme dışı uzlaşma bizim geleneğimize de uygundur, zira çok basit olaylarda karakol amiri haydi barışın demekte, bazen olay komşular arasında yatıştırılmakta ve diğer bir çok ülkeden farklı olarak hemen de polis çağrılmamaktadır²⁴⁶. Yandaki komşusu yüksek sesle müzik dinliyor şikayetiyle polis çağırılan binlerce Avrupalıya karşılık aynı şikayetle polise başvuran Türk sayısının çok daha az olduğu hepimizce bilinen bir husustur.

²⁴³ İÇEL-DONAY, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, Genel Kısım, 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. Bası, İstanbul 1999, 14 ve 14, dn. 35.

²⁴⁴ UTKU, *1994-1995 Adalet Yılına Açış Konuşması*, Yargıtay Dergisi, C. 20, S. 4, Ekim 1994, 398.

²⁴⁵ ÖZBEK, (dn. 84), 297. Yazar ilkin şahsi davalık suçlarda bunu önermekte ve barıştırmaya girişiminin adliyelerde oluşturulacak barıştırmaya konseyleri tarafından yerine getirilebileceğini ifade etmektedir, ibid.

²⁴⁶ Nitekim, uygulamamızda uzlaştırma görevinin çoğunlukla polis tarafından yerine getirilmeye çalışıldığı genel bir gözlem olarak ortaya çıkmaktadır. “Polis, özellikle bu tür basit suçlarda tarafları barışmaya zorlamakta ve pek çok fiil adliyeye yansımada çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak, bugün el yordamıyla yapılan bu uygulamanın yasalaşması ve bilimsel bir nitelik kazanması şarttır”, ÖZBEK, (dn. 84), 297.

Avukatlık stajını yaptığım sırada, yanında staj yaptığım savcıya, basit olaylarda suç oluşmuş olsa dahi, tarafları barıştırmaya dava açmama gibi bir uygulama yapıyor musunuz diye sorduğumda, savcının yanıtı, “polis bize sevk ettiği olaylarda dava açmak zorundayız. Ama polisin bunu takdir edip, önümüze dosyayı getirmemesi halinde problem olmaz” şeklinde olmuştu.

Sadece basit suçlarda değil de nispeten daha ağır suçlarda da bizim zaten gelenegimizde olan barışmayı müesseseleştirmek gerekir düşüncesindeyiz. Bu konularda bir düzenleme yaparken toplumumuzun kendine özgü özellikleri de göz önünde tutularak cezanın genel önleme amacı da unutulmadan gerekli sosyolojik ve kriminolojik araştırmalara göre bir sonuca varmanın da gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Nitekim 1984 Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde bu yönde bir karar alınmıştır: Ceza kovuşturması organlarının belirli nedenlerden dolayı (uzaklık, ulaşım güçlükleri) ellerindeki olayları hızlı bir biçimde halledememeleri halinde, *diversion* özellikle topluluğun açık bir zarar görmediği hallerde köy muhtarı, belediye başkanı, toplum lideri gibi kimselere de bırakılabilir²⁴⁷.

Bizde kan davası olaylarında ve bunlardan da özellikle yeni başlamış olup da, henüz derinleşmemiş, kemikleşmemiş olanlarında mahkeme dışı uzlaşmaya ağırlık tanınmalıdır. Her ne kadar kan davasında ağır suçluluk söz konusu ise de, şimdiye kadar ki tüm çabaların sonuçsuz kalması ve kan davası olaylarının yıllarca sürmesi ve karşılıklı olarak onlarca insanın ölümüyle sonuçlanan kan davalarının görülmesi gerçeği karşısında mahkeme dışı uzlaşma bir çözüm olarak düşünülmelidir. Bir kez çok yüksek dereceli bir devlet memurunun çatışma düzenleyicisi olarak görevlendirilmesi gerekir. Bu vali yardımcısı, kaymakam, savcı, hakim veya yüksek rütbeli bir subay olabilir. Ayrıca bir pedagog veya sosyal hizmet görevlisinin de yardımından faydalanmalıdır. Taraflar karşılıklı olarak bir araya getirilerek uzlaştırılmaya çalışılmalıdır. Bu uzlaşmada doğal olarak mağdur tarafın tatmin edilmesinin gerekliliği açıktır. Bu, mağdurun zararının giderilmesi olarak düşünülebilir. Bu noktada bir haksız fiil olarak suçtan doğan zararların zaten karşılanmak durumunda olduğu gerçeği unutulmadan, her iki tarafın maddi durumuna ve somut zarara göre gerçekçi miktarlar üzerinde anlaşma sağlanmalıdır. Ancak bu noktada kan davası olaylarının özelliği dolayısıyla son olayda fail tarafında olan grubun geçmişte mağdur olarak uğramış olduğu zararların da göz önünde tutulması gerekebilir. Meselenin bir diyet çözümü görüntüsü arz etmemesi için de, ayrıca kamu yararına çalışma vb. gibi bir takım kamusal

²⁴⁷ Bkz. WEIGEND, (dn. 82), 738; Türkiye'de de "aşiret ve tarikat gibi özel topluluk hayatı yaşayanlar arasında böyle uygulamalar olduğu muhakkak gibidir", KUNTER-YENİSEY, (dn. 24), 11, dn. 19.

edimler de öngörülebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türkiye'de kan davası ile mücadele için tarafları zorunlu göçe mecbur tutma gibi bir uygulama söz konusu olmuştu. Avusturya'da da mahkeme dışı uzlaşma çerçevesinde devamlı çatışma halinde olan taraflardan birinin taşınmasını sağlamak gibi bir tedbir de tartışılmaktadır²⁴⁸.

Japonya'da da gayri resmi sosyal kontrolün önemli ölçüde olduğu açıklanmaktadır. Japonya'da özel kişiler arasındaki çatışmaların, bunlar suç oluştursa dahi, gayri resmi olarak halledilmesi uygulaması yaygındır. Orada polis basit suçlarda arabulucu rolü üstlenip, tarafları barıştırmakta ve ceza kovuşturması yoluna gitmeyebilmektedir. Böylece polis sosyal çatışma düzenleyicisi rolünü üstlenmektedir²⁴⁹. *Miyazawa* bu geleneksel uygulamanın tarihsel nedeni olarak, 125 yıl kadar önce Anglo-Amerikan veya Kıta Avrupası kanunlarının Japon gelenekleri göz önünde tutulmaksızın Japon Hukuku'na alınmasını göstermektedir. Nitekim Japonya'da 1982 yılında yaklaşık 904.000 kişi polis tarafından gözaltına alınmış ve fakat sadece 80.000'i mahkeme kararıyla mahkum edilmiştir. Bu kimselerden %22 si polis tarafından işlenen suç önemsiz görülerek, takdir yetkisine dayanılarak serbest bırakılmıştır²⁵⁰.

Diversiona ve bu kapsamda özellikle mahkeme dışı uzlaşmaya karşı yöneltilebilecek olan en önemli eleştiri, cezalandırmanın kamusal alandan çıkarılması olabilir. Artık devletin bir cezalandırma yetkisinden değil de, tam manasıyla olmasa dahi, toplumun ya da kişilerin cezalandırma yetkisine geçiş söz konusu olmaktadır. Keza modern bir kurum olarak karşımıza çıkmakta olan mahkeme dışı uzlaşma, aslında ceza hukukunun tarihsel gelişimi göz önünde tutulduğunda bir geriye gidiştir, zira özel öç almaya veya cezalandırmaya bir dönüş söz

²⁴⁸ Prof. Dr. Manfred Burgstaller'in Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 1999-2000 ders yılında vermiş olduğu "Ceza Hukukundaki Aktüel Gelişmeler" konulu seminerde ifade edilmiştir.

²⁴⁹ MOOS, (dn. 10), 635.

²⁵⁰ MIYAZAWA, *Informelle Sozialkontrolle in Japan*, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Bd. 2, Berlin 1985, 1162. Yazar konumuzla direkt alâkalı olmayan çok ilginç bir belirleme yapmaktadır: "Bir Alman için "kanun kanundur" demek, "kanunun gereğini yapmak durumundayız" demektir. Bir Japon için ise "kanun kanundur" demek, "bunu başka bir yoldan çözmek durumundayız" demektir", ibid.

konusu olmaktadır. Sonuçta bir mahkeme veya savcı kararı söz konusu olsa da, yine de bu durum özel ceza hukuku görüntüsünü engellemektedir. Batı ceza hukukunun tarihsel gelişimi bakımından da batı hukuk geleneğinin aydınlanma çağından önce bulunduğu noktaya geri dönüşten bahsedilebilir. Modern batı ceza hukukunun yüzyıllar sonra uzaklaşmış bulunduğu noktaya geri gelmesi söz konusudur. Bütün bunlara rağmen Avusturya'da olduğu gibi sonuçta yararlarının ağır basması halinde bu eleştirilerin önemsiz olduğu görüşündeyiz. Gözden kaçırılmaması gereken bir husus da, *diversionun* aslında şu uygulamadan farklı olmamasıdır: Düşünün ki, savcı şüpheli ile pazarlık yapmakta ve gönüllü olarak sözgelimi 5 yıllığına hapse girersen, dava açmayacağım, demektedir. *Diversiyonda* ise 5 yıl hapis değil de başka bir şey denmektedir.

Son olarak önemle altını çizmek gerekir ki, *diversion* müessesesine çok büyük beklentiler bağlamamak gerekir. Nitekim *diversionun* doğum yeri olan ABD'de gerek pedagojik ve sosyal politik beklentilerin yerine gelmemesi ve gerekse hukuk devleti endişeleri karşısında *diversion* eğiliminin gerilediğine işaret edilmektedir²⁵¹.

²⁵¹ LÖSCHING-GSPANDL, (dn. 75), 771.